DE
LA PROPRIÉTÉ.

Typographie de B. JOLLIVET, à Guingamp.

DE

LA PROPRIÉTÉ,

CONSIDÉRÉE

Comme principe de conservation,

OU DE

L'HÉRÉDITÉ;

PAR J.-A. AGNÈS,

Docteur en droit, Avocat à Saint-Brieuc.

« Ce qui peut être porté jusqu'à une certitude
« mathématique et démontré par des calculs
« politiques, doit tôt ou tard être reconnu pour
« vrai. »

HERDER, t. 3, p. 103.

A GUINGAMP,

CHEZ B. JOLLIVET, IMPRIMEUR-ÉDITEUR.

1839.

A Monsieur Herman,

PROFESSEUR D'ÉCONOMIE POLITIQUE

à l'université de Munich.

En vous dédiant ces études, je satisfais à un devoir de reconnaissance. C'est en même temps un juste hommage à la haute sagacité avec laquelle vous avez su saisir les vrais rapports des élémens de l'économie des peuples, à cette exactitude et cette lucidité qui ne laisse pas de réplique, avec lesquelles vous les avez exposés. Le principal objet du droit, comme de l'économie politique, est la propriété qui, en se transmettant successoralement, devient l'hérédité, en se fixant, le privilége. J'ai tâché de compléter l'idée juridique de la propriété à l'aide des données de votre science. L'élection et l'hérédité sont les deux pivtos du monde moral. La représentation ou la puissance répond à l'idée d'espace et la propriété à celle de fixité dans le temps : en sorte que ces deux élé-

mens peuvent être considérés avec raison comme les deux parties correspondantes et polariquement unies de l'organisme social ; car le temps et l'espace sont les conditions de toute réalisation.

Dans mon livre sur l'élection j'ai essayé une création théorique. Nulle limite n'était imposée à ma raison que celles de la nature même. Ici, attaché au sol et le front appliqué sur ce théâtre du développement historique, je suis sans cesse restreint et circonscrit par la triste et sèche réalité. Pour découvrir mes principes, il fallait compulser l'histoire du monde et grouper, exposer rapidement, enchaîner un grand nombre de faits dont l'ensemble seul fait surgir et révèle un résultat philosophique général. Votre école historique me manquait, je n'en avais conservé que des souvenirs, des notes éparses et sans suite. J'ai mis tout à profit, et mes larcins, je ne les cèle pas. Toutes les fois que la pensée n'était pas mienne j'ai conservé, autant que je l'ai pu, les expressions mêmes des Gans, des Grimm, des Philips et des autres écrivains qui m'ont servi de guide. Sous ce rapport ai-je besoin d'indulgence? Je voudrais avoir dérobé davantage. Heureux si ces faibles efforts inspirent à la jeunesse française le goût des fortes études! Heureux si la route que j'ai tracée se transforme en une vaste et grande communication intellectuelle qui nous enrichisse

incessamment et de plus en plus des trésors inappréciables de votre érudition! Heureux enfin, si, fidèles à la mission providentielle de la France, nous osons et pouvons doter l'avenir de la société de leurs résultats applicables!

Agréez les sentimens du plus vif attachement et de profond respect avec lesquels j'ai l'honneur d'être,

MONSIEUR,

Votre très humble et tout dévoué serviteur,

J. A. AGNÈS.

Saint-Brieuc, le 10 juin 1840.

DISCOURS PRÉLIMINAIRE.

L'ALIMENTATION et les autres besoins physiques font naître la propriété. Considérée par rapport à la famille et destinée à assurer sa subsistance, elle est le patrimoine dans lequel, comme dans une précieuse enveloppe, vit et se conserve la société domestique ou groupe familial. Le groupe familial se développe suivant deux lois combinées ou deux principes : un principe substantiel ou conservateur du groupe, un principe individuel ou conservateur de l'individu. Le groupe familial, que l'on peut se représenter sous une forme analogue au germe de l'organisation animale, a comme deux pôles magnétiques ou deux centres, de chacun desquels rayonnent incessamment vers tous les individus qui le composent, des émanations des deux principes vitaux simultanés et antagonistes. C'est ce qui détermine la répartition du patrimoine, laquelle s'analyse en un certain nombre d'élémens produits de ces deux forces, et s'opère d'après une certaine combinaison de ces élémens conforme aux lois de sa constitution vitale; de là dérive la faculté de disposer, considérée dans la famille et ses limites. Des différentes règles que font naître les tendances contraires et les combinaisons de ces forces qui se rencontrent et se croisent en sens divers, les plus remarquables sont les *rapports* et les *ré-*

ductions, ou la sanction légale des limites posées à la faculté de disposer. Les forces égales du principe individuel, dans les individus placés à égale distance du centre du groupe, font naître en se limitant respectivement l'obligation du rapport; et ce point de législation est d'autant plus variable, que le moindre changement dans la constitution familiale modifie l'expression toujours changeante et peu fixée de la force du principe individuel qui tend de sa nature à maintenir à la surface extérieure du groupe familial une certaine liberté de mouvement. Les tendances contraires du principe absolu de la propriété avec sa force de dispersion ou sa faculté indéfinie de disposer, et du principe conservateur du groupe et de l'individu qui fait naître l'élément successoral, produisent les réductions, sorte de niveau flottant entre les surfaces des deux élémens contraires, qui subit et marque toutes leurs impulsions alternatives et sépare constamment leurs masses.

Tel est l'élément primordial du droit, le patrimoine, c'est à-dire la propriété dans la famille. Considérons maintenant son développement historique.

La plus haute puissance de la personnalité appliquée au patrimoine, fait naître la faculté testamentaire. Au berceau des sociétés, dans l'antique Orient, la puissance testamentaire ne s'oppose pas au principe substantiel de la famille; elle s'y associe au contraire et n'est qu'une forme de la puissance conservatrice. Le père ne dispose que pour confirmer la succession naturelle et légitime. La Grèce qui produit et reconnaît les droits de la personnalité, élève ces

droits à un degré de force égal à celle même du principe substantiel ; mais elle n'oppose pas encore ces deux forces. Cette mission était réservée au *Romanisme*. Chez les Grecs l'héritier institué est un fils, le testament une véritable adoption. N'est-ce pas la personnalité remplaçant la substantialité du pouvoir familial et s'élevant à la même puissance qu'elle?

Le droit romain franchit l'idée de transmission familiale qu'avait respectée le droit attique, et produit sous sa forme propre l'institution d'héritier. L'institution romaine n'est que la puissance de la personnalité appliquée à l'intégralité du patrimoine avec toute la force d'une transmission familiale, mais se jouant de celle-ci et la dominant complètement. Ici la scission entre le principe individuel et le substantiel est absolue ; ces deux principes sont durement opposés l'un à l'autre. C'est dans l'histoire de l'opposition et de la fusion de ces deux élémens par voie d'évolution successive, que réside toute la teneur du système successoral romain.

L'élément barbare réintroduit et réintègre en quelque sorte le substantiel de la famille ; mais ce n'est plus comme dans l'Orient, sous la forme d'indivision et d'un rigoureux formalisme; c'est comme principe fécondant et perpétuant. Il ne rejette pas la puissance individuelle; mais celle-ci ne survient que pour féconder et perpétuer encore. Les pactes de familles, les substitutions, les institutions contractuelles par lesquels s'exprime la faculté testamentaire chez les peuples d'origine germanique, bien loin d'opposer la personnalité et la substantialité, complètent l'une par l'autre et ajoutent à la force transmissive des

successions légitimes la variété, la prévoyance, la sagacité des prévisions paternelles. Ce dernier état rappelle le point de départ des législations, le testament patriarcal, à l'exception qu'ici la volonté paternelle et l'effort juridique tendent à perpétuer la transmission familiale par des mesures efficaces qui dans l'Orient n'étaient qu'une cérémonie religieuse ou une vaine forme. Mais il s'est fait dans le cours des siècles une évolution complète. Association du principe individuel et du substantiel à l'origine sans résultats réels et sans efficacité. Élévation du principe individuel à la force du substantiel dans le testament grec; scission et opposition des deux principes dans le romain. Leur fusion et leur action combinée dans un même but de fécondation et de perpétuité dans le germanisme. Ici commence une nouvelle évolution. Le christianisme reproduit l'élément individuel comme opposé au substantiel. Il est ennemi de l'esprit de famille; il préfère l'humanité à la famille, la corporation dont le défunt faisait partie à ses parens les plus proches, les sentimens de l'amitié, de la reconnaissance, de la piété aux liens du sang. Il produit dans la famille germanique ce que nous appelons la quotité disponible dans son sens propre et moderne. Alors les deux principes peuvent s'associer pour perpétuer la famille, se diviser pour agir chacun dans sa sphère avec la puissance de l'un et de l'autre réunis. Mais la mobilité des fortunes, la liberté des constitutions politiques, l'esprit de propriété et d'industrie qui deviennent chaque jour plus dominateurs, tendent à accroître de plus en plus la force du principe individuel, lequel,

ab-orbant la famille, pourrait, à l'aide d'une transformation de la propriété, devenir maître absolu et rejeter la plupart des entraves qui existent à la faculté de jouir et de disposer.

Que si nous observons la succession légitime en elle-même et indépendamment de la faculté testamentaire, nous retrouvons, ainsi que l'analogie conduisait à le penser, le même jeu successif et évolutif des deux termes individuel et substantiel. Dans l'Orient la succession n'est qu'une cooccupation continuée dont le caractère est l'indivision, c'est-à-dire, la fixité absolue. La Grèce fait naître le principe individuel et l'allie au substantiel de la famille dans une belle unité. Tout héritier est fils, tout héritier n'est tel qu'autant qu'il perpétue la famille. Les constructions familiales du vieux monde reçoivent sur leurs ruines encore visibles la sanction vivante et actuelle des droits personnels. Le droit mosaïco-talmudique développe, à l'aide d'une casuistique infatigable, les élémens mosaïques de l'un et de l'autre principes ; et dans son système héréditaire il associe leurs conséquences les plus éloignées aussi long-temps qu'elles peuvent coexister sans se détruire. Rome oppose les deux principes de l'individuel et du substantiel, les revêt de la forme juridique et présente dans la famille comme dans l'état l'image d'une lutte incessante entre l'un et l'autre. Les deux élémens finissent par se confondre ou s'assoupir pêle mêle comme fatigués d'un combat de plusieurs siècles, et le christianisme, quoiqu'il fasse peu pour la forme juridique de la famille, adoucit encore les traces trop saillantes de l'ancien formalisme, et jette sur le tout une couleur

d'équité. La société barbare fait revivre dans la famille une substantialité originale et qui lui est propre. Le principe de conservation y est puissant et fécond. Ce n'est plus l'indivision orientale, ou pour la retrouver il faut, à travers la nuit des temps et des origines, la rechercher dans une époque anté-historique. Les monumens législatifs de cette société nous offrent une substantialité vivante, active, féconde, toujours supérieure à l'individualité; mais ne repoussant les droits de celle-ci que dans des vues d'accroissement et de perpétuité. Enfin la féodalité soumet les successions comme tous les droits de l'homme sur la chose à une sorte de droit de la personnalité; mais d'une personnalité fixée et hiérarchique. Ce n'est plus la personnalité et la substantialité familiales s'associant ou se combattant sur le même terrain et à armes égales; la substantialité revêt la qualité personnelle, et ainsi personnalisée elle se fixe de nouveau. Semblable à une pyramide cristallisée elle présente l'alliage bizarre des deux élémens superposés, enchaînés et surpris dans le moment critique où leur fusion commence.

Jusqu'à présent nous n'avons considéré que les droits réels ou de l'homme sur la chose; il existe aussi dans la famille des droits personnels ou des droits d'une personne sur une ou plusieurs autres. La famille vit du patrimoine et déploie ses rapports et tout le jeu de son organisme dans le sein de cette enveloppe protectrice; mais quels sont ces rapports, ces relations actives et variées d'où dérive toute la vitalité de la société domestique? Ici nécessité de remonter au pouvoir familial, aux liens qui unis-

sent entre eux les divers membres de la famille et au plus intime de tous le mariage, dont la nature consiste à être le principe et la source de tous les autres.

L'association entre époux est le produit d'un sentiment plutôt que d'une idée, et de là sans doute son caractère de fait qui le soustrait constamment à toutes les prescriptions juridiques : de là son infinie variété. Néanmoins le développement historique du moment matrimonial se résume, sous des noms différens et avec des nuances diverses, en un petit nombre d'idées essentielles.

L'insubstantialité de la femme et son assimilation à la chose produisent son achat comme forme primitive du mariage. A l'origine le prix de vente est attribué à ses ascendans, puis il est conféré à l'épouse elle-même que l'on commence à trouver dur de renvoyer nue de la maison paternelle. Alors sa personnalité commence à être représentée dans la sphère de la fortune et des intérêts patrimoniaux. Au prix d'achat payé par le mari répond un don modique fait à la femme par ses parens. Un progrès ultérieur fait disparaître l'idée d'acquisition et de vente. De là à la dot il n'y a qu'un pas, et alors se produit à son tour un don du mari comme répondant à la dot et garantissant sa restitution. C'est la société grecque et romaine où les deux personnalités du mari et de la femme traitent d'égal à égal sous le rapport des intérêts pécuniaires, les associent et stipulent leurs garanties réciproques. Le germe de la communauté appartient à l'élément barbare, il commence à poindre au moment successoral; la femme est

admise à partager les choses acquises en commun, le mari jouit des propres de sa femme. L'esprit du christianisme et les longs voyages si fréquemment entrepris au temps des croisades achevèrent de former cette admirable institution et de lui donner son caractère moderne, l'union des intérêts répondant à l'intimité de l'union des personnes dans le sentiment légitime de l'amour.

La substantialité de la femme en se produisant fit naître la tutelle perpétuelle, institution qui, quelque sévère qu'elle nous paraisse, fut néanmoins la reconnaissance de cette substantialité et le signal de l'affranchissement de la femme. Beaucoup plus dure à Athènes qu'elle ne le fut à Rome, elle se fondit chez les Germains dans le mundium familial, sorte de pouvoir social domestique, qui comprenait à la fois propriété et protection, unissant avec une flexibilité puissante les deux termes extrêmes de l'action du pouvoir, l'intérêt du tuteur, de l'agnat, de l'ascendant, et celui de la femme, du pupille, du fils. Les républiques italiennes du moyen-âge virent s'opérer une transformation singulièrement remarquable de cette tutelle des femmes qui passa, comme droit propre, de la personne du protégeant à celle du protégé, en telle sorte que la femme dont le mundium était dans le principe la propriété des agnats et était acquis par son mari, put choisir à son gré un tuteur qui devait être confirmé par le magistrat.

Dans toute l'antiquité le pouvoir paternel fut un droit de propriété. Néanmoins il s'adoucit chez les Grecs et reconnut la personnalité des

enfans dans le droit, correspondant à l'abdication paternelle, de poursuivre le père pour mauvaise administration. Ce droit alla chez les Romains jusqu'à l'insubstantialité absolue du fils dans la sphère de la fortune, quoique cette substantialité fût encore vivante dans les rapports personnels, comme le prouve la nécessité de trois ventes successives et d'une manumission pour faire cesser ces rapports.

Dans le mundium le pouvoir paternel s'élève et se généralise. Semblable à une sorte de pouvoir social il se transmet comme lui avec une inflexible régularité; à défaut du père il passe aux agnats les plus proches, c'est d'eux que le mari acquiert; et à défaut des personnes désignées par la loi, il est exercé par la *Curtis regia*. Proprieté comme le pouvoir paternel primitif, le mundium est aussi et surtout protection et tutelle et réunit dans une sorte de fusion harmonique l'intérêt personnel du protégeant et celui du protégé.

Enfin une quatrième sorte de rapport personnel, l'esclavage, fut peu prononcé en Orient où les membres de la famille étaient, quoiqu'à des degrés différens, tous également dans la dépendance du père. Dans l'état politique des Grecs et des Romains il devint plus tranché par la distinction formelle en libres et esclaves, citoyens et étrangers. Le moyen-âge vit naître une foule de conditions différentes, des dépendances de toutes sortes qui n'eurent rien de fixe et de bien déterminé ou qui du moins varièrent selon les époques. Ces divers degrés de dépendance ont disparu avec la constitution politique qui y avait donné lieu et n'ont

laissé subsister que la domesticité, simple contrat civil dans lequel le rapport de dépendance personnelle a disparu et où les parties traitent d'égal à égal.

L'ensemble et la marche générale des institutions civiles offrent toujours, respectivement du moins à la position prise par un ordre social déterminé, approfondissement par des voies plus ou moins directes et développement de l'idée de justice dans cet ordre, par conséquent progrès. Ce progrès s'effectue avec une sorte de régularité et de symétrie par l'évolution successive de l'idée génératrice, qui revêt tour à tour diverses formes, et parcourt une sorte de *Ricorso* juridique dont les termes extrêmes ont dans la plupart des cas une ressemblance frappante. Néanmoins il est souvent difficile de suivre à travers les siècles la filiation des idées et des principes. C'est dans le formalisme du droit que cette similitude et cette évolution successive se laissent le mieux apercevoir.

L'écriture, par exemple, ne fut pas en usage à l'origine des sociétés. Les contrats, comme faits, étaient reçus et constatés par le seul témoignage. A mesure que la civilisation s'étend, l'écriture se répand davantage ; elle devient plus indispensable. Tous les contrats de quelqu'importance doivent être constatés par écrit. Il arrive une époque où le grand fait social qui sert de base à tous les autres, la constitution elle-même s'écrit et redevient ce qu'elle fut à l'origine, un contrat. En même temps les devoirs moraux et les obligations personnelles prennent de plus en plus un caractère contrac-

tuel, et, à l'exception des rapports de famille qui sont encore respectés, toute obligation est contractuelle et peut se résoudre en dommages intérêts. Il s'est donc opéré dans toutes les conventions civiles une transformation juridique. Le particulier a passé dans le général et le général dans le particulier.

La pénalité repose d'abord sur l'idée de vengeance. La loi y fait succéder une sorte de tarification des personnes et des familles basée sur un sentiment d'égalité sociale blessé par l'acte criminel. Ce caractère est frappant dans la législation anglo-saxonne par exemple. Les jurés, la fréquence des amendes, la poursuite du mien partout où je le trouve, l'absence de la peine de mort si ce n'est par la voie indirecte de l'expulsion de la paix de la communauté, sont les traits distinctifs de ce droit pénal primitif. Mais bientôt à l'idée d'égalité blessée succède celle de faute morale et de perversité du malfaiteur, au combat la preuve, à l'amende la mort et les tortures. Le droit de glaive s'érige en vengeur de la justice divine, jusqu'à ce que le mal se corrigeant par ses excès mêmes, l'humanité retourne à l'appréciation pécuniaire, au jugement par jurés, à l'absence de la peine de mort. Le sentiment de la vengeance ou plutôt d'une juste et légitime défense qui résidait dans l'individu a passé au corps social, et celui d'égalité, qui résidait dans les formes de la procédure et dans la tarification légale autant qu'il était compatible avec la société barbare, est devenu plus subjectif et plus individuel.

L'état civil tout entier ne fut au berceau des sociétés qu'une association plus ou moins par-

faite. La guerre seule et la conquête firent naître le pouvoir public, l'imperium. Tout revenait jusqu'alors à une communauté de travaux et de défense et à des garanties réciproques. Après le long assoupissement de la barbarie féodale, ces idées humaines reparaissent et voilà que de nos jours le pouvoir public reconnaît que sa puissance émane de l'accord des volontés individuelles; il professe hautement qu'il n'est que le mandataire de la nation, le dépositaire du contrat social dont il présente d'une main l'acte écrit, tandis que de l'autre il laisse échapper le glaive devenu impuissant.

La propriété enfin commune à l'origine, d'abord à tout le genre humain, puis à chaque peuple, chaque tribu, chaque canton, chaque *marché* s'est morcelée et individualisée. L'homme a reçu dans la propriété une sorte de complément. Il n'a pu qu'à cette condition jouir de tous les droits du citoyen. La propriété conquise par l'homme l'a conquis à son tour. L'homme a été attaché au sol. Ce sol a été hiérarchisé comme les personnes; il a absorbé les droits de la personnalité. Mais la rigueur, l'inégale répartition, l'absolutisme de la propriété ont à toutes les époques soulevé le genre humain fatigué de ses chaînes et réclamant à grands cris le retour à l'égalité de partage primitive. Sous les noms de loi agraire, abolition des dettes, jubilé, banqueroute ou tout autre dénomination, la loi économique méconnue a toujours trouvé une sanction et une réparation. Enfin le morcellement excessif, la mobilité de la propriété ont rendu instables toutes les conditions et confondu tous les rangs, en même

temps que l'idéalisation de son côté objectif laisse croire à la possibilité de lui donner une nouvelle forme dans laquelle, plus productive à la fois et plus obéissante, la nature physique s'unira complètement à tous les rapports personnels et se pliera avec une sorte de complaisance à toutes les modifications de l'action sociale.

Les rapports réels et les rapports personnels qui se sont produits et développés dans l'enceinte domestique se reproduisent donc et s'étendent en dehors de la famille Ils constituent respectivement l'état civil et l'état économique d'un peuple : l'état civil dont l'association est la base, l'état économique qui repose sur l'idée de propriété. A l'origine des sociétés tous les rapports personnels dérivent des liens du sang et de l'amitié. De là le droit de vengeance, les garanties mutuelles, et, à mesure que l'état social se fonde, la pénalité, la poursuite de sa propre chose et les rudimens d'une loi civile. C'est ce que Herder appelle le premier degré du gouvernement naturel. Les migrations ou les entreprises qui exigent l'association des forces générales sous une direction commune, font naître le second degré du gouvernement naturel, chef élu, assemblées périodiques, cantons, répartition des produits de la collaboration commune en raison du besoin de chacun et bientôt selon le caprice du chef, etc.; c'est le second degré du gouvernement naturel. La guerre et la conquête établissent toujours une sorte de féodalité et donnent naissance à l'époque civilisée proprement dite où les rapports personnels se fixent et se privilégient. Et comme la société marche toujours et que ces rapports changent incessamment

dans leur nature même, cette forme civilisée se trouve bientôt en opposition avec les rapports réels et vrais; la civilisation se réduit alors à cette forme même, c'est la légalité. Les priviléges héréditaires d'abord, puis les priviléges de la possession actuelle et présente se fondent au creuset des révolutions De là naît la nécessité de rechercher de nouveau et de reconnaître les rapports vrais ou les droits de la personnalité et de régénérer le pouvoir. C'est la tâche des institutions électorales et de l'esprit d'association. L'association qui existait dans le principe sous la forme d'une communauté renaît après une longue migration avec la conscience de sa pensée. Elle trouve sa puissance dans un approfondissement plus intime de tous les élémens et de tous les principes générateurs des sociétés et se réveille enrichie par tous les essais, les tâtonnemens les efforts qu'ont faits les arts et les sciences dans les périodes qui l'ont précédée.

Un développement et un retour analogues s'opèrent dans l'état économique qui exprime principalement les rapports de l'homme à la chose. Au berceau des sociétés, communauté négative, appropriation selon le besoin de chacun du bois de la forêt, puis de la récolte, produit de la collaboration commune, amassée dans des greniers publics. Mais l'agriculture en se répandant fait naître la division par familles et le partage des terres. A la division du pays par tribus ou cantons succède, après l'effort de transition ou la crise si remarquable nécessaire pour opérer le défrichement, la division par familles, et ce partage des terres ou se fait avec

certains rits symboliques qui se rattachent à un état de société antérieure que nous ne connaissons pas, ou s'écrit et se consigne déjà dans des monumens législatifs : c'est un commencement de civilisation.

La personnalité qui a reconquis la nature physique par le travail s'enrichit et se complète par la propriété. Elle s'enrichit d'un nouveau rapport ; mais en même temps elle se rend ce rapport nécessaire, et par là s'y assujettit. La propriété devient une sorte d'annexe indispensable, le complément de la personnalité. La propriété s'attache à la personne, elle se fixe, elle se hiérarchise, elle devient le privilége. Le privilége se remplace par un autre, à l'hérédité succède la puissance de la possession présente, à la propriété de vastes territoires l'influence des capitaux mobiliers ; la féodalité industrielle lève la tête et menace, la mobilité excessive et le morcellement des biens font naître le besoin de réunir un certain nombre de ces parcelles territoriales pour recouvrer les avantages d'une grande exploitation et d'une direction commune et pour échapper à la médiocrité, j'allais dire à la misère générale. La propriété doit donc se transformer, mais par voie de progrès et en mettant à profit les prodigieuses découvertes qu'a faites la science sociale. La propriété nouvelle reposera sur le sol, parce que c'est son objet le plus solide et le plus fécond ; elle s'en détachera par la scission fictive du formel et du réel, ou par l'idéalisation de la nature physique, afin de s'adjoindre plus intimement tous les rapports de la nature morale et de se plier à toutes

les formes progressives d'un société de plus en plus générale et intellectuelle. Libre jouissance et administration de l'individu, fécondité toujours croissante et inamissibilité pour l'ensemble du corps social, la propriété de l'association générale rappelle et reflète celle des temps primitifs.

Ainsi, unité de principes à l'origine sous la forme d'un fait; l'individualité en se produisant fait naître un autre principe. L'individuel se développe au détriment du substantiel. Ils s'associent, puis ils s'opposent l'un à l'autre. A mesure que l'ordre social s'élève et progresse, chacun de ces élémens fait naître et revèle de nouveaux rapports qui sont comme autant de points de contact entre leurs sphères respectives. A chaque nouvel approfondissement les deux principes produisent, juxtà-posent, associent, opposent leurs natures. Mais cette succession de développemens n'a lieu qu'en entrant plus avant dans une entité génératrice commune, laquelle produit de plus en plus union et fusion, et c'est toujours ainsi que finit leur lutte ou leur antagonisme, pour recommencer un approfondissement ultérieur. Le moyen de progrès est constamment de dégager l'individuel et d'épandre librement ses forces.

Toutes les institutions civiles, sans exception, peuvent être ramenées à cette loi, et elles se développent et progressent d'une manière analogue, successive et mesurée. Aucun tressaut ne se fait sentir; mais tout marche par une série de transitions insensibles que la législation ne fait que

marquer lorsqu'elle les sanctionne, et qui existaient déjà indépendamment d'elle. Un terme seul se produit à l'origine; mais sa dualité se produit aussitôt. On aperçoit un germe, un sentiment obscur, un aveu implicite de la puissance d'une force antagoniste. Celle-ci se développe, grossit et s'étend au détriment du terme qui s'était d'abord montré seul, lequel commençant à recevoir des restrictions, des exceptions, s'altère, s'efface et s'évanouit en ne laissant sur la scène du monde que les élémens que son terme antagoniste a reçus de lui ou ceux qu'a fait naître leur lutte. Les rapports se multiplient, les élémens du droit se jouent en liberté, la variété naît, de nouvelles forces, de nouvelles combinaisons se produisent qui ne sont qu'un dégagement et une production des idées renfermées dans le terme victorieux. De nouvelles oppositions, de nouveaux conflits, de nouveaux accords se révèlent et une nouvelle face de la vérité se présente et brille. Ce démembrement successif de tous les élémens que contient chaque idée juridique renaît sans cesse et s'évanouit sans cesse, en ne laissant subsister à chaque transformation que le résultat de son passage ou de l'effort qui l'a produit. Cette succession ne s'épuise jamais, parce qu'elle a sa source dans l'intelligence infinie dont l'inépuisable rayonnement se prolonge dans l'immensité du temps comme dans l'immensité de l'espace. Elle est toujours variée et toujours semblable. Elle est variée à cause de sa succession même, notre intelligence n'étant capable que de percevoir et notre terre que de porter à la fois une des scènes ou des images de l'ordre intellectuel, tout dé-

figuré qu'il est par l'empire du fait; elle est toujours semblable, parce qu'au centre de cette magnifique manifestation de son entité qui se joue autour d'elle, l'intelligence infinie est toujours la même, toujours immuable, et que l'intelligence humaine qui la réflète image cette immobilité dans la constance et l'analogie des lois de son développement. De là l'impossibilité de trouver une règle, une loi, une démarcation précise dans la multiplicité des événemens humains si l'on ne généralise les principes qu'on y observe ou plutôt qu'on porte en soi-même et qu'on y applique, si l'on ne remonte à l'idéal du monde ou plutôt à l'intelligence, mère de l'idée. — L'histoire du droit ne peut donc, ne doit être autre chose qu'une longue et magnifique explication de l'idée de justice.

On voit donc que toutes les institutions civiles dans la famille et dans la société, qu'elles expriment les rapports personnels ou qu'elles expriment les rapports réels, se développent constamment en parcourant comme une série de cercles concentriques qui ne sont que le progrès et l'expansion successive de la vérité morale ou de l'idée sur laquelle elles reposent. Les termes extrêmes des institutions civiles revêtent des formes analogues, à la seule différence que leurs élémens respectifs se présentent dans un ordre inverse à celui qu'ils occupaient d'abord, le particulier devenant le général et le général le particulier. Comme si le principe générateur ou l'idée avait été soumise à un double mouvement dans le temps analogue à celui des corps célestes dans l'espace,

mouvement d'évolution successive, par suite duquel leurs termes extrêmes se ressemblent et sont les points de jonction de leur cercle historique, mouvement de rotation sur elle-même par lequel les élémens respectifs se déplacent dans chaque institution et prennent par voie d'empiétement et de transformation insensible une position inverse et symétrique à celle qu'ils occupaient au point de départ.

Pour moi, en contemplant la merveilleuse diversité, la variété infinie de ces combinaisons de l'idée ou des élémens de la pensée humaine dans l'histoire, je ne puis me refuser à la conviction qu'elle emprunte indistinctement toutes les lois ou formes de développement qui s'observent dans la nature physique. J'y retrouve la concentration, l'excentricité, le dédoublement, l'assimilation, la cristallisation, l'équilibre, la fécondation, la génération, la dualité, la rotation et la périodicité, car l'intelligence est de tous les règnes; et quand je vois toutes ces formes diverses, toutes ces lois agir et s'exercer sous certaines évolutions symétriques ou ricorsi semblables à celles qu'opère le monde sidéral, je saisis clairement l'analogie profonde qui existe entre le monde physique et le monde moral; ou plutôt, analogie, mot impuissant, stérilité de la parole qui me fait mettre de niveau deux choses que l'abîme de l'immensité sépare! Les lois qui régissent les deux ordres ne sont-elles pas toutes identiques et intellectuelles? Je comparais la lumière et son reflet, la parole et son écho, la démarche du géant et la trace qu'il a posée sur le sable. N'é-

tait-il pas excusable, en considérant ces distances incommensurables, ces révolutions immenses de corps impondérables qui se jouent dans l'espace et en présence desquels l'imagination chancèle et se sent faillir, en écoutant ces harmonies célestes de globes infinis qui se meuvent dans des espaces infinis, ces marches majestueuses d'armées de mondes qui s'acheminent en suivant des périodes inconnues vers les lieux occupés par d'autres mondes détruits et dispersés, n'était-il pas excusable de se laisser imposer par tant de merveilles et de croire y trouver la réalité et la vie? Mais redescends, monde extérieur et phénoménal, à la place qui t'appartient. Tu n'es que la poussière qui précède les légions d'intelligences supérieures que le Tout-puissant fait mouvoir à ses ordres, ou plutôt ce limon fangeux auquel son souffle donna l'impulsion et la forme. La réalité est dans la succession infinie des temps, la vérité dans l'intelligence. C'est-là qu'est la vie et la raison et la loi. Tout le reste n'est qu'un symbole.

Les élémens fondamentaux des institutions sociales se produisent tour à tour et se manifestent successivement, leur marche se décrit et s'observe, leur tendance, leur esprit se révèle, cet esprit de vérité et de vie qui anime tout ce que le monde moral contient de social et de grand. L'homme étudie, comprend mieux chaque jour sa propre nature; il la décompose, l'analyse et compare les résultats de cette étude ontologique avec l'expression historique de cette nature dont il a rassemblé les traits dispersés. Tout se découvre, s'enchaîne, s'ordonne; il se

trouve que tous ces fragmens épars, ces lambeaux décousus, ces membres lacérés appartiennent à un grand tout et ce tout est l'idéal de la société humaine, et nous en possédons les débris avec la science de les réunir et de les réintégrer.

Il est du devoir de tout homme qui aperçoit clairement de tels rapports et qui ne peut refuser l'assentiment de son intelligence au faisceau lumineux de faits et d'observations que lui ont présenté ses études, de faire part à ses semblables des résultats qu'il a obtenus. Malheur à lui, si, comme un corps opaque, il réfracte ou absorbe quelqu'un des rayons de la vérité qu'a daigné réfléchir sur lui l'intelligence infinie! Le moment approche où toutes ces étincelles parties à la fois de tant de points divers se communiqueront leur flamme électrique et inonderont la face du monde d'un torrent de lumière semblable à un vaste incendie. Ah! que ne m'est-il donné de hâter par mes faibles efforts cette révélation nouvelle! En mettant à nu les principes sociaux et en cherchant à pénétrer la force intime qui les combine et les développe, aurai-je hâté le moment de la délivrance? Puisse-t-elle se faire sans commotion violente! J'expose d'une part la loi qu'a constamment suivie la nature dans le développement successif et normal des institutions sociales, de l'autre j'indique dans un système d'élection rationnel le moyen régulier d'exprimer la pensée de l'humanité et de la réaliser à tous les instans. M'est-il permis d'espérer qu'en éclairant ces deux grands pivots du monde social,

l'hérédité et l'élection, j'aurai pu épargner à ce pauvre peuple haletant dans la poussière quelques gouttes de sang, une seule larme! Le genre humain verra-t il enfin que sa destinée est dans ses propres mains et qu'il est incontestable que pour l'améliorer et l'agrandir il ne lui manque que la volonté? Mon cœur s'oppresse à cette pensée et s'ouvre aux plus délicieuses espérances.

Première Partie.

FACULTÉ DE DISPOSER.

CHAPITRE I.

Du Droit naturel comme fondement de la Loi successorale.

PREMIÈRE SECTION.

LA PROPRIÉTÉ ET LES SUCCESSIONS SONT DE DROIT NATUREL.

SOMMAIRE.

1. *Difficulté de définir exactement le droit naturel. D'où il faut partir et quelle position philosophique on doit prendre pour en rechercher les principes. Importance de fixer ses idées sur ce point.*

2. *La propriété appartient au droit naturel. En quoi consiste la puissance du droit de propriété. Dans l'état présent des choses, rien n'est plus opposé à l'égalité que l'absolutisme du droit de propriété.*

3. *Analyse du droit d'aînesse. Il comprend deux choses : indivisibilité du patrimoine, préférence accordée*

à l'aîné. Comment, dans diverses législations, se modifie le principe de la conservation des familles. De l'exclusion des femmes dans la vocation successorale.

4. La transmission successorale appartient au droit naturel. Démonstration de cette proposition dans les lignes descendante, ascendante et collatérale. Analogie et connexion intime entre la communauté entre époux et les successions. Ces deux institutions sont le fond du droit civil.

1. Lorsqu'on entreprend de remonter aux premiers principes d'une science et d'en exposer nettement les notions élémentaires, rien n'est plus difficile que de trouver la base sur laquelle elle repose et qui doit en soutenir tout l'édifice. Rien de plus contesté que les premiers principes, et nos écrivains modernes disputent encore aujourd'hui, comme l'ont fait les jurisconsultes romains et les docteurs du moyen-âge, sur la question de savoir si telle institution juridique appartient ou non au droit naturel. Ils n'ont pu réussir à poser des limites exactes entre ce dernier droit et le droit civil.

Le droit naturel, par opposition au droit civil ou positif, peut être défini la réunion du petit nombre de principes nécessaires à l'existence et à la conservation de la famille. C'est l'ensemble des règles ou lois sans lesquelles cette existence ne peut être ni conçue ni conservée.

Montesquieu paraît s'en être formé une autre idée lorsqu'il a dit : « Avant toutes ces lois sont celles de la » nature, ainsi nommées parce qu'elles dérivent uni- » quement de la constitution de notre être. Pour les » connaître il faut considérer un homme avant l'établis-

» sement des sociétés. Les lois de la nature sont celles » qu'il recevrait dans un état pareil. » *Esprit des lois, liv.* 1, *chap.* 2.

La suite du chapitre semble donner à entendre que l'auteur suppose les hommes errans dans les forêts, sans aucun lien social et cherchant à se connaître ou à se deviner. Si tel est le point d'où il part, son hypothèse est absurde; un pareil état n'a jamais pu exister : l'homme est né dans la famille, et la famille est un commencement de société.

Mais il faut dire que dans l'enfance des peuples, lorsque la société n'a pas encore passé à l'état public, il existe des lois nécessaires qui expriment les rapports de famille, lois sans lesquelles l'homme ne peut ni se conserver ni se reproduire. C'est l'ensemble de ces lois, sans lesquelles on ne peut concevoir la conservation de l'espèce, de ces lois primitives et fondamentales dont on retrouve les notions chez tous les peuples, et dont le développement modifié par les circonstances du climat, de la configuration du pays, des productions de la nature, des événemens contingens qui environnent le berceau des sociétés, amène et produit plus tard la civilisation (1); c'est, disons-nous, l'ensemble de ces lois que l'on appelle loi ou droit naturel. Ici il est d'autant plus essentiel de fixer ses idées, que si, supposant que l'homme a pu exister hors de l'état de famille, on part de cette hypothèse pour rechercher les principes généraux du droit naturel, considérés comme base du droit civil, on ne peut manquer d'arriver à des conséquences également fausses et dangereuses, c'est-à-dire, à des lois subversives qui tendront à placer l'homme en dehors de tout ordre social.

2. Le fondement de la société civile est la propriété. La force de conservation du droit de propriété produit l'hérédité : l'hérédité n'est que le patrimoine transmis et conservé. La propriété, les successions ont donc leurs racines dans le droit naturel.

Le code Frédéric définit la propriété, le pouvoir de disposer d'une chose à notre volonté.

La force du domaine consiste néanmoins plutôt dans sa stabilité et sa perpétuité que dans l'étendue de la faculté de disposer. Le sauvage abuse de tout; ce qu'il acquiert il le consomme rapidement ou le détruit. C'est ainsi qu'il exerce son droit instinctif de propriété et qu'il en révèle la puissance; mais l'homme civilisé use sagement, il jouit d'une manière paisible et prévoyante, il aime à transmettre cette jouissance à sa postérité.

L'affranchissement de toute entrave dans la faculté de disposer, la faculté indéfinie d'user et d'abuser ne sont donc pas un progrès dans la civilisation, mais au contraire le développement de cette civilisation amène nécessairement une foule de restrictions, des limitations de toute sorte à l'exercice du droit de propriété. Elle introduit des règles dont l'objet est de limiter la jouissance et d'en empêcher l'abus, en même temps que des institutions qui conservent et maintiennent les biens dans les mêmes familles.

Rien n'est plus opposé à l'égalité naturelle qu'un droit de propriété trop absolu. Par la nature des choses, les fortunes et le pouvoir tendent constamment à se concentrer dans un petit nombre de mains, ce qui conduit au despotisme et à la féodalité (2). De là chez tous les peuples naissans on voit se produire, d'une manière plus ou moins explicite, un partage des terres entre

les familles selon certaines notions de convenance et de justice. C'est la base et le rudiment d'un ordre de civilisation qui se fonde. Pour en maintenir les effets, il est nécessaire de créer dans les successions et les mariages, certaines règles restrictives de la liberté naturelle, des exclusions, des priviléges, qui plus tard, lorsque l'on considère plus les individus que la réunion des familles qui constitue l'état, paraissent injustes et odieux. Alors la prédominance de l'individualisme, la puissante énergie du sentiment de la personnalité et de ses droits, la mobilité des fortunes et la rapidité des transactions commerciales rendent ces restrictions impuissantes : il devient nécessaire de les effacer.

3. Le droit d'aînesse, par exemple, dérive évidemment du principe de la conservation des patrimoines soutenu par la raison d'état. Le droit d'aînesse repose sur ces deux propositions : le patrimoine de la famille est indivisible ; l'aîné est plus propre que ses frères à en régir l'administration.

De là deux conséquences : en premier lieu, si, dans un certain état de société, le frère cadet pouvait être aussi apte ou même plus apte que l'aîné à l'administration du patrimoine paternel, ce serait à lui et non plus à l'aîné que serait dévolu ce patrimoine. C'est ce que l'on observe chez certains peuples pasteurs dont parle Montesquieu. Les enfans, à mesure qu'ils grandissent en âge, quittent la maison paternelle avec une portion de bétail qu'ils emmènent avec eux ; le plus jeune demeure seul sur l'héritage patrimonial ; il le recueille et y succède par préférence, au décès de l'auteur commun. Ce droit particulier paraît tenir à cette circonstance, suite de la vie pastorale, que le dernier né, après l'é-

migration successive de ses frères, se trouve à demeurer seul sur le patrimoine commun, et à ce que d'ailleurs l'administration d'une partie de bétail n'exige pas la même maturité d'expérience et d'âge que celle d'une famille nombreuse cultivant la terre dans un espace circonscrit. On sait que cet usage s'était conservé, sous le nom de *Queraise*, dans quelques cantons de la Basse-Bretagne.

Il en résulte en deuxième lieu que si le patrimoine de la famille cesse d'être indivisible, le droit d'aînesse s'évanouit entièrement, et qu'il diminue et s'oblitère à mesure que le patrimoine devient plus divisible.

En général, l'indivisibilité du patrimoine de la famille paraît d'autant plus rigoureusement établie, qu'à ce patrimoine se rattachent des intérêts plus généraux, ou, ce qui est la même chose, que la famille appartient à un ordre plus élevé dans l'état. Un royaume est plus indivisible qu'un fief, et un fief est plus indivisible qu'un simple patrimoine.

Plus la famille appartient à un ordre élevé dans la société, plus sa conservation est essentielle, plus sa constitution est sévère, plus son système successoral admet de restrictions et de priviléges, plus ces exclusions et ces priviléges sont rigoureusement observés.

Etablir l'égalité des partages ou s'en rapprocher, c'est donc tout à la fois morceler le patrimoine des familles et placer toutes les familles sur le même niveau.

L'indivisibilité du patrimoine des familles se fonde toujours, dans les divers états de société, sur l'intérêt public. Mais l'intérêt public se présente sous des aspects différens et a d'autres exigences dans les différentes formes de gouvernement. Dans la féodalité, par exem-

ple, l'indivisibilité du fief n'avait d'autre raison que l'indivisibilité du service public auquel ce fief était affecté. Toute la législation féodale, en ce qui concerne la constitution de la famille, conduit à cette notion. Les dispositions législatives sur les successions et les mariages, ont toujours pour objet principal d'assurer le service attaché au fief. Mais dans une monarchie non féodale où le service public est assuré par d'autres moyens repose sur des bases différentes, l'indivisibilité des patrimoines n'est plus aussi rigoureuse. Elle n'a d'autre objet alors que la conservation de la famille, laquelle intéresse bien aussi l'état, mais ne l'intéresse pas d'une manière aussi directe que le faisait dans le système féodal la nécessité du service militaire. D'ailleurs la conservation de la famille peut être assurée sans une indivisibilité absolue de son patrimoine, même dans un état de société très-fixé, si l'on suppose surtout que les moyens de subsistance s'accroissent et que les ressources économiques soient dans un état florissant. La question se réduit alors à rechercher la juste proportion qui doit exister entre l'accroissement de la population et celui des ressources ou de la richesse publique, pour que le patrimoine se conserve dans son intégrité. On rencontre aussi des sociétés où la juste répartition des biens et la conservation de la famille sont assurées par d'autres moyens législatifs. A Sparte, par exemple, après le partage égal des terres, on avait réservé à la république certaines portions du territoire, pour en faire la distribution entre les nouvelles familles qui se formeraient dans son sein. Dans les états démocratiques commerçans, l'intérêt général exige la division des propriétés soit parce que le commerce tende naturellement à

accumuler les richesses, ou que la médiocrité des patrimoines favorise l'esprit d'ordre et d'économie essentiel à la prospérité du commerce, ou que l'expression naturelle d'un état commerçant soit la mobilité des situations sociales et des fortunes, soit enfin par d'autres causes. L'indivisibilité du patrimoine de la famille doit donc disparaître complètement pour faire place à l'égalité absolue des partages (3).

Ainsi droit d'aînesse et indivisibilité du patrimoine de la famille, égalité parfaite et absolue dans le partage successoral, tels paraissent être les deux termes extrêmes de toute loi d'hérédité. On peut les rapporter respectivement aux deux états de monarchie féodale, république commerçante. Entre ces deux extrêmes se meuvent une foule de moyens termes ou de systèmes intermédiaires dont l'exposé embrasse tout l'historique des législations successorales.

L'exclusion des femmes, l'agnation eurent pareillement pour raison la nécessité de conserver le partage primitif des terres. A Sparte, à Rome, les femmes furent exclues de l'hérédité de peur qu'elles ne fissent passer dans d'autres familles des biens qui leur seraient survenus par héritage. A Sparte, l'usage des dots fut même interdit, et Lycurgue poussa l'amour de l'égalité civique et le désir de la rendre inaltérable jusqu'à porter une loi fameuse qui rendit inutile, par la difficulté des transports, la possession du numéraire métallique.

Tout ce qui excède le nécessaire pour notre subsistance, quel que soit l'usage que nous en fassions, a toujours pour résultat de nous procurer quelque influence, de nous assurer une sorte de supériorité sur les personnes qui nous entourent. De là la connexion in-

time entre le pouvoir et la propriété. Cette connexion est telle, que même ces deux idées se confondent le plus souvent à l'origine, et pendant long temps le domaine éminent fut regardé comme un annexe essentiel à la puissance publique. Or si la famille, portion de l'état, en est aussi l'image; si d'un autre côté la propriété participe de la nature du pouvoir dès qu'elle excède ce qui est nécessaire à la subsistance, n'est-il pas vrai que l'exclusion des femmes du patrimoine commun est analogue à leur exclusion du trône et des affaires publiques? Il semble que la nature n'ait à leur égard que deux dettes à satisfaire : pourvoir à leur entretien et les marier convenablement, ou, comme s'exprimaient nos coutumes, les *aparager*. On conçoit donc comment, jusqu'à l'époque où le développement progressif des droits de la personnalité a préparé et fait éclore l'idée saint-simonienne de l'émancipation de la femme, tout le surplus pouvait être regardé comme un déplacement du pouvoir.

4. Les notions qui précèdent rendent facile à résoudre la question de savoir si la propriété et les successions sont de droit naturel. Nous la répondons sans hésiter d'une manière affirmative. Oui, la propriété, les successions sont de droit naturel en ce sens que la société, quelque barbare qu'on la suppose, ne peut exister sans propriété (4), sans mode légal et régulier de transmission des biens après décès; et l'on peut dire, sans craindre de se tromper, que l'ensemble des dispositions législatives qui compose le système successoral d'un peuple, quel qu'il soit, est de droit naturel ou a son fondement dans les notions du droit naturel expliqué et développé d'une manière plu ou moins heureuse et

vraie. Mais si l'on demande si telle ou telle disposition successorale est ou non de droit naturel, la réponse peut être plus difficile; elle dépend de la position sociale du peuple dont il s'agit et des circonstances éventuelles qui la déterminent.

Ici il est aisé de sentir combien est inexacte et inconsistante, dans l'état présent des choses, l'opinion de certains écrivains qui ont pensé que telle partie des successions, la succession des descendans par exemple, était de droit naturel, tandis que celle des ascendans et des collatéraux n'appartiendrait qu'au droit civil.

Sans doute la transmission du patrimoine aux descendans est plus conforme à l'affection naturelle; car, comme on l'a dit souvent, l'amour descend plus qu'il ne remonte. Si donc la loi naturelle n'était autre chose que le sentiment de tendresse que la nature nous inspire pour les personnes qui nous sont unies par les liens du sang, cette opinion pourrait légitimement être soutenue.

Mais loin que la loi naturelle soit l'inclination ou le penchant naturel, elle lui est souvent opposée et paraît destinée au contraire à rectifier ces inclinations ou penchans. La loi naturelle comme toutes les lois prend sa source dans la nécessité; c'est là qu'il faut chercher ses plus profondes racines, et cette nécessité qu'est-ce autre chose que la Providence ou Dieu lui-même, en tant qu'il constitue ou conserve l'ordre?

Or dans quel état la Providence a-t-elle placé l'homme à l'origine des sociétés? Dans l'état de famille, qui n'est dans la réalité qu'une société résultant de la collaboration commune, sous la direction du père, pour la conservation et la plus grande utilité de chacun de

ses membres. De là les enfans qui succèdent à leur père sont considérés comme se succédant à eux-mêmes, *sui heredes*, parce qu'à leur égard l'hérédité n'est que la continuation de la possession qu'ils avaient déjà du vivant de leur auteur. Tel est le véritable fondement de la succession en ligne directe descendante, et c'est aussi la raison indiquée par les jurisconsultes.

Mais la plus simple réflexion suffit pour faire comprendre que la même raison subsiste quand il s'agit de succession ascendante. N'est-ce pas toujours une sorte de communauté de biens qui existe entre le père et le fils, et s'il est vrai de dire que le fils est censé se succéder à lui-même quand son père meurt, n'est-il pas aussi juste de dire que le père se succède à lui-même quand son fils meurt? Bien plus, cette façon de parler n'est-elle pas alors d'autant plus exacte que le père n'a jamais perdu la direction supérieure du patrimoine commun ou de la portion du patrimoine commun qui pouvait se trouver aux mains de son fils? Dans l'état de nature, en effet, aucun pouvoir humain n'étant établi au-dessus de l'autorité du père, celui-ci conserve toujours sur les personnes et les biens des membres de la famille, sur tous les individus qui composent sa maison, *Haugenossen*, la puissance la plus illimitée comme la plus absolue.

Quand on supposerait, ce qui paraît démenti par l'histoire, que chez certains peuples naissans l'institution d'héritier ait été élective et qu'elle n'ait pas suivi la loi du sang, en d'autres termes, que la succession testamentaire ait pu être la règle générale à l'origine de quelques sociétés et la transmission selon la loi du sang l'exception, en ce cas même la succession en ligne as-

cendante appartiendrait encore au droit naturel aussi bien que celle en ligne descendante. Car dans ce système défectueux et faux, les droits du sang n'ont rien autre chose à réclamer que des alimens, que ce qui est rigoureusement nécessaire au soutien de la vie. La légitime n'est plus alors, dans toute la rigueur de l'expression, qu'un secours accordé par la piété, *pietatis subsidium*. Or, on le demande, la pension alimentaire n'est-elle pas aussi bien due aux ascendans qu'aux descendans, et l'obligation imposée au père par la nature de protéger et de nourrir l'être auquel il a conféré le bienfait de la vie, est-elle plus rigoureuse et plus sacrée que celle imposée au fils de soutenir des parens auxquels il doit le jour?

Il faut donc reconnaître que la succession en ligne directe descendante et celle en ligne directe ascendante ont toutes deux également leur source dans les principes du droit naturel.

Quant à la succession collatérale, elle n'est qu'un droit de retour. Toullier a démontré cette vérité avec une grande force de raison, et, pour le dire en passant, c'est pour l'avoir méconnue que les rédacteurs du code, en ne considérant que la proximité du degré dans la ligne collatérale, sans aucun égard à l'origine des biens, ont manqué une occasion de protéger l'esprit de famille sans rétablir aucun privilége odieux.

La succession collatérale n'est qu'un droit de retour. Si le père vivait, la succession d'un fils recueillie par l'auteur commun passerait au décès de celui-ci à ses autres enfans. Mais le prédécès du père, cet événement contingent et indépendant de leur volonté, ne saurait altérer leurs droits et ne doit pas leur nuire; ils sont

donc, dans tous les cas, fondés à réclamer la part qu'ils auraient eue alors. On voit que c'est toujours la société ou communauté tacite de biens dans la famille qui fait le fondement de cette sorte de succession, comme des successions directes ascendante et descendante. Leur origine est la même ainsi que leur raison. Seulement la force du principe s'oblitère à mesure que les degrès de parenté s'éloignent et l'hérédité est due moins rigoureusement.

Cette manière d'envisager le droit successoral explique l'analogie frappante qui existe entre les lois de l'hérédité et celles qui régissent l'état civil du mariage. C'est la famille produite et conservée, c'est toujours une communauté et rien autre chose. Communauté et succession, voilà le fond de tout le droit civil; c'est la mine qu'il faut creuser. Là se résument les traits primordiaux du caractère national, là se retrouvent dans leur germe les institutions civiles et politiques d'un peuple. Le reste n'est qu'un accessoire plus ou moins utile, c'est le commerce pris dans son acception la plus large, dont les principes sont à peu près les mêmes chez tous les peuples, et que l'on pourrait dire, un peu hyperboliquement sans doute, n'être en droit comme en fait qu'une affaire de luxe.

DEUXIÈME SECTION.

Idée plus comprehensive et plus explicite de ce qu'est le droit naturel.

SOMMAIRE.

5. *L'immutabilité des principes du droit naturel ne fait pas obstacle à ce que les institutions qui en dérivent prennent dans les différens états de société les formes les plus diverses.*

6. *D'un autre côté, la même institution peut appartenir sous différens rapports soit au droit naturel, soit au droit civil.*

7. *Quel est donc le caractère fondamental et distinctif de l'état civil par opposition à l'état de nature? Difficulté de le déterminer.*

8. *Filiation systématique des principes du droit naturel en ce qui concerne la constitution de la famille.*

5. De ce que la propriété et les successions sont de droit naturel, il ne faut pas conclure que leurs lois doivent être les mêmes à toutes les époques et chez tous les peuples. Rien au contraire de plus variable et de plus diversifié. Quelle distance, en effet, entre l'espèce d'occupation par les plus proches parens du patrimoine qu'a laissé l'auteur commun en usage chez les peuples les plus barbares, et ces règles compliquées de notre ancienne jurisprudence sur les retraits et les substitutions, qui avaient pour objet d'éterniser les familles en

quelque sorte par la conservation rigoureuse de leurs patrimoines! Et, en ce qui concerne la propriété, quoique son idée fondamentale soit toujours la même et qu'elle comprenne tout rapport d'utilité et de jouissance que l'homme s'attribue sur quelque portion de la nature physique, ne subit-elle pas aussi, dans les différens états de société, les plus importantes modifications et dans son objet et dans ses caractères?

« Il dépend du degré de civilisation d'un peuple, dit M. Hugo, page 363, que les portions de la surface de la terre soient un objet du droit privé. Chez les sauvages et les pasteurs, le pays n'est pas cultivé pour en retirer la nourriture de l'homme; ainsi on ne considère que les habitations, les puits, les lieux d'inhumation, les lieux saints, et on néglige le reste de la contrée où se nourrissent les animaux, ou bien on n'y a égard qu'en masse. Dans l'agriculture, au contraire, la propriété privée consiste en biens fonds et en terres, encore bien qu'il fût possible que la terre elle-même appartînt aussi en propriété au corps de la nation ou au gouvernement qui l'affermerait aux particuliers. Mais un pareil fermage donne aisément naissance à la propriété privée quand le prix de bail primitif vient à être regardé comme un impôt public, lequel, comme tout autre, peut être aboli.

» La propriété est le premier degré de l'état social. Elle ne se ressemble nulle part. Dans chaque degré de civilisation, dans chaque ordre social, à chaque époque elle a un caractère et des objets différens. Dans son acception la plus générale, elle exprime tout rapport d'utilité ou de jouissance habituelle entre l'homme et un être quelconque.

» L'objet de la propriété varie selon le degré de civilisation. Chez les peuples nomades elle est principalement mobilière. Chez les peuples guerriers, comme les Germains, ennemis de l'agriculture, la maison avec le petit espace qui lui sert d'enceinte vient se joindre aux armes et aux animaux. Chez les peuples pasteurs, le bétail et le pays en masse. L'habitation est peu considérée, elle appartient au dernier né. Chez les peuples agriculteurs enfin, le sol est l'objet le plus certain et le plus précieux de la propriété. »

A certaines époques la société repose exclusivement sur une hiérarchie d'obligations morales qui formule et entraîne à sa suite la propriété et tous les autres avantages sociaux. Telle fut la féodalité qui dénatura la propriété ou du moins la transforma en l'unissant indivisiblement au service public dont elle devint un annexe et une garantie. Par la séparation des droits dont l'ensemble constitue la plénitude du domaine, la propriété fut ordonnée hiérarchiquement elle-même comme les personnes. Dans d'autres temps, la propriété est plus absolue, la force de son principe domine tous les rapports sociaux, elle attire à soi les droits personnels et les détruit en les absorbant. La puissance paternelle, la puissance maritale deviennent des droits de propriété; l'esclavage lui-même, qui par une fiction contre nature rabaisse l'homme à la condition de la chose, en est une conséquence, puisque, cette misérable ressource une fois autorisée par la loi, rien ne peut empêcher l'homme de renoncer à la liberté et de se mettre dans le commerce lui et ses enfans, dès que sa propre conservation et celle de sa famille lui paraissent l'exiger.

L'immutabilité des principes du droit naturel ne fait

donc pas obstacle à ce que les institutions qui en dérivent prennent, dans les divers états de société, les formes les plus diverses.

6. Une autre raison encore fait naître de l'embarras dans la classification des choses qui sont ou ne sont pas de droit naturel.

La même institution peut être envisagée successivement sous différens rapports et selon qu'on s'arrête aux uns ou aux autres, elle peut être regardée comme appartenant soit au droit naturel soit au droit civil.

La transmission successorale, par exemple, *activement* considérée appartient incontestablement au droit naturel, ainsi que nous l'avons démontré dans la précédente section; en est-il ainsi de l'hérédité *passive*? En d'autres termes, l'obligation à la totalité des charges et des dettes du défunt qui à Rome fit naître les héritiers *nécessaires* et dont la sévérité fut éludée par le bénéfice d'abstension puis par celui d'inventaire conservé jusqu'à nos jours, appartient-il à l'état civil ou à l'état de nature?

On ne peut s'empêcher de reconnaître que la représentation de la personne du défunt par celle de l'héritier, que la fiction de l'unité de personnes entre le défunt et l'héritier qui en est la suite, ne soit avec tous ses effets juridiques une création du droit civil, parce que ce n'est que dans l'état civil que cette représentation est parfaite et assurée; mais l'on ne saurait contester en même temps que ces maximes si puissamment conservatrices de l'ordre social ont leurs racines dans la loi naturelle et dans l'état de nature, si par état de nature on entend la famille existante et conservée.

Quelle est donc la limite précise entre l'état de na-

ture et l'état civil, et à quels caractères distinctifs peut-on déterminer les lois qui appartiennent à l'un ou à l'autre?

7. Il semble que la délimitation la plus universellement admise entre l'état de nature et l'état civil, est la soumission d'un certain nombre de familles à une même autorité. Si l'on s'arrête à cette notion, l'opinion que nous venons de rapporter sur l'hérédité passive paraît exacte. Il est probable, en effet, qu'avant l'époque où les hommes distribués en familles reconnaissent une autorité commune à laquelle ils se soumettent; il est probable, disons-nous, que les droits et les obligations naturels n'ont pas encore assez de fixité et de force pour se transmettre régulièrement et intégralement à l'héritier désigné par la nature; cette perpétuation des obligations et des droits, cette régularité invariable de transmission suppose l'existence d'une puissance publique plus ou moins complètement constituée.

Mais il faut le dire, nous ne concevons le droit naturel par opposition au droit civil que comme une diminution, un amoindrissement de celui-ci. Le droit civil est le droit naturel le plus parfait ou plutôt c'est l'idée positive du droit, le droit naturel est son côté négatif. C'est le moins qui puisse être perçu pour se former l'idée du droit, et ce moins n'est lui-même qu'une série de graduations dont la dernière limite ne peut guère être assignée parce qu'on ne sait pas exactement jusqu'à quel degré d'abrutissement peut descendre la nature humaine. Il semble que certaines sociétés dégradées pourraient être comparées à ces corps organiques presque réduits à l'état de cadavres, mais qui palpitent encore, et à l'égard desquels on ne peut assi-

gner le moment où le dernier souffle de la vie s'exhale ni en quoi consiste précisément la mort.

Le droit civil le plus parfait serait l'expression de la société la plus élevée, la plus intellectuelle, la plus générale. Ce terme auquel il paraît impossible d'atteindre serait la destruction du droit comme tel, ce qui a fait dire à un penseur profond (5) que le terme et le but ultérieur du droit était d'arriver à un état où l'on pût s'en passer.

Le droit naturel le plus incomplet contient en leur germe les élémens de ce droit civil général. C'est l'ensemble des lois de l'ordre intellectuel par lesquelles subsiste dans l'humanité le peu d'ordre qui s'y conserve encore. C'est comme le noyau d'une plante que la civilisation féconde, qui se développe successivement et par une série de gradations, sans qu'il soit toujours possible d'assigner d'une manière précise à quelle période de sa végétation appartiennent les fruits qu'elle porte; car les vérités et les rapports moraux sont tous enveloppés les uns dans les autres et comme renfermés sous une même écorce. En même temps, et sous un autre rapport plus vrai peut-être, ces élémens peuvent être considérés comme les débris fragmentaires d'un ordre social brisé dont nous reconnaissons, ainsi que dans la nature entière, les caractères irrécusables, sans pouvoir les rassembler et les lire. *Disjecti membra poetæ.* Envisagés sous ce rapport, la barbarie et l'état sauvage ne seraient qu'une véritable dégradation, la déchéance d'un état meilleur qui aurait primitivement existé. Mais il ne faut pas perdre de vue, sous peine d'arriver à des résultats extra-sociaux, d'abord que le genre humain n'a jamais subsisté sans la famille, la famille étant né-

cessaire à la propagation de l'espèce; en second lieu qu'il ne peut s'affranchir des liens qui l'attachent à la nature physique et qui sont un obstacle à la haute généralisation vers laquelle il s'élance. C'est en vain que la raison de l'homme s'égare dans les régions intellectuelles et que son imagination y élève des constructions colossales fantastiques, la dure nécessité ressaisit de sa main de fer ses ailes hardies et le force à courber vers la terre son noble front.

Le moment de séparation qui distingue le droit naturel du droit civil n'est lui-même qu'une gradation entre mille autres. C'est l'époque à laquelle les familles s'agglomèrent, s'unissent par des liens communs, se soumettent à une même autorité régulièrement constituée, en un mot celle où le pouvoir passe de l'état domestique à l'état public. Mais dans l'histoire cette transition est presque toujours obscure et incertaine, le voile mystérieux des événemens qui couvre l'enfance des sociétés la rend presque insaisissable, et la pure théorie a peine elle-même à déterminer dans chaque ordre de civilisation ses caractères précis.

8. Tenons-nous donc à cette notion essentielle que le droit naturel est la plus simple expression de l'état de famille, et essayons de ce point de vue de nous en former une idée plus concrète en parcourant sommairement les linéamens de cette grande formation historico-juridique.

La famille comprend trois sociétés qui n'en font qu'une seule : la société entre époux, la société entre les parens et leurs enfans, la société entre le maître et ses serviteurs. La famille forme ces trois sociétés à raison des trois principaux différens rapports dans lesquels chacun

des membres de la famille se trouve placé respectivement aux autres.

La fin de la famille est la propagation du genre humain. La société conjugale est donc la société primordiale par excellence.

La propagation du genre humain exige deux choses : la multiplication des individus et en même temps l'enseignement ou la propagation des doctrines. Le soin de l'existence physique et celui de l'existence morale appartiennent donc également, dans l'état de nature, au père de famille, procréation, éducation.

Il résulte de là que tout ce qui nuit soit à la multiplication des individus, soit à leur éducation, est directement contraire au but du mariage.

Ainsi la polygamie est interdite par le droit naturel parce qu'elle rend le père incertain et qu'elle produit dans l'éducation les plus graves inconvéniens. Ajoutez à ces raisons qu'elle est incompatible avec la bonne harmonie qui doit exister entre époux.

De la défense de la polygamie descend celle du divorce et de la répudiation.

De la pluralité des femmes, au contraire, descend leur réclusion, l'institution des eunuques, qui demeurent chargés du soin de l'éducation concurremment avec les esclaves.

La raison des prohibitions de mariage pour cause de parenté réside dans l'incompatibilité des devoirs et des rapports que fait naître cette parenté avec la qualité de conjoint.

Toutes les nations ont employé certaines formalités dans la célébration du mariage.

Il semble que la disparition de ces formes atteste chez un peuple la décadence des mœurs. Le sentiment des convenances morales s'affaiblit, là où la femme légitime n'est pas dignement et complètement distinguée de la concubine.

La dot est un des signes déclaratifs de cette légitimité.

La raison de la dot est la justice et la convenance de donner aux filles par anticipation une portion du patrimoine commun au moment où le mariage les fait sortir de la famille.

Ainsi chez presque tous les peuples le mariage émancipe. Il crée une nouvelle famille et fait sortir de l'ancienne. La raison de la dot n'est ni l'achat du mari, ni même absolument la nécessité de fournir aux charges du mariage, mais l'équité qui ne permet pas que celui des membres de la famille qui rompt la société domestique avant les autres soit pour cela privé de sa part dans le patrimoine commun.

La dot est donc fondée sur l'équité. Elle n'est qu'une anticipation de succession.

Le mari doit employer la dot à soutenir les charges du mariage. Cet objet est la destination de la dot, non sa raison.

Il résulte encore de là que la dot a pour objet principal et immédiat l'intérêt de la femme. Ce n'est point en faveur du mari, mais en faveur de la femme, qu'elle est constituée; c'est toujours la femme qui en est l'objet direct.

Il en résulte encore que le mari et la femme profitent de la dot sous des rapports et à des titres différens. A l'égard du mari, elle est véritablement un titre onéreux,

mais en ce qui concerne la femme elle est toujours principalement une libéralité.

Voici, en peu de mots, comment on doit concevoir que s'est formée l'obligation légale de la dot :

La conservation du partage primitif des terres entre les familles exige que les biens ne passent pas d'une famille dans une autre.

D'où les femmes, qui entrent dans une autre famille, sont exclues de l'hérédité.

Mais il est injuste et dur qu'un enfant soit privé de toute participation au patrimoine commun.

On a donc admis que les filles recevraient, au moment où elles sont émancipées par le mariage, une portion plus ou moins considérable du patrimoine. C'est un dédommagement de la perte qu'elles font de leur part dans la succession dont elles se voient exclues.

Considérée sous ce point de vue, la dot offre avec le rapport introduit à Rome par le préteur une analogie frappante. L'un et l'autre renferment une dérogation à la rigueur des principes et une espèce de retour à l'équité. Le rapport accordé par le préteur faisait rentrer le fils émancipé dans sa famille naturelle pour y prendre part à la succession. La dot accorde une part anticipée du patrimoine commun aux filles de famille qui vont cesser d'en faire partie.

C'est aussi dans la conservation et la plus grande utilité de la société domestique qu'on trouve la raison de la prééminence du mari sur la femme. Le pouvoir marital n'a donc d'autre étendue que celle qui est nécessaire pour que ce but soit atteint, car la mesure du pouvoir est toujours sa nécessité.

Il faut puiser à la même source la mesure de ses droits et de ses devoirs.

Si nous sortons de la société conjugale pour considérer cette autorité par rapport aux descendans, nous rencontrons la puissance paternelle dont la raison et les limites dérivent de son objet final, la procréation et l'éducation. Ce droit ne se fonde ni sur l'occupation ni sur l'accession, comme l'enseignaient les jurisconsultes romains. Ces modes d'acquérir ne peuvent nous transmettre que des portions de la nature physique.

L'autorité de surveillance et de direction qui a pour objet l'éducation des enfans, est transmise par le père à ceux auxquels il en confie le soin.

On aperçoit clairement dès-lors en quoi consiste l'adoption et quelle est la nature du pouvoir qu'elle confère. L'adoption ne peut avoir pour objet la procréation, mais l'éducation seulement. Elle confère donc la puissance paternelle en tant qu'elle est nécessaire pour diriger l'éducation.

Le droit accordé au père de percevoir les fruits des biens de ses enfans, repose sur l'obligation où il est d'administrer leurs biens; d'où deux conséquences : il n'est dû au père que les fruits qui sont ordinairement attachés à l'administration; dès que l'enfant est assez avancé en âge pour pourvoir par lui-même à cette administration, l'attribution des fruits au père cesse de plein droit.

L'abdication et l'exhérédation imméritées des enfans s'opposent à la conservation de la famille.

La raison du pouvoir paternel étant l'éducation, ce pouvoir cesse avec l'âge pendant lequel l'éducation leur est donnée.

Dans l'état de nature, la puissance paternelle doit avoir beaucoup plus d'étendue et de force; elle est beaucoup plus absolue que dans un état de civilisation avancée. L'acquisition des choses nécessaires à la subsistance de la famille, sa défense contre toute espèce d'injures ou d'attaques supposent dans cet état le droit de faire des lois, celui de supplicier leurs transgresseurs, de faire des traités d'alliance, la paix et la guerre, en un mot les droits de la souveraineté. L'impuissance de la femme à les exercer explique en même temps qu'elle justifie son extrême subordination. Cette subordination de la femme diminue par la naissance du pouvoir public; à mesure qu'il s'élève, l'autorité du père s'épure et se limite, jusqu'à ce qu'arrive l'époque où la femme est reconnue par la loi apte à partager avec lui la puissance.

Les rapports personnels du maître aux serviteurs ont disparu par l'abolition de l'esclavage, qui n'a laissé subsister à sa place qu'un contrat civil avec tous ses effets de droit. C'est la domesticité.

Ce que nous venons de dire comprend les principes du développement juridique de la famille. C'est la filiation naturelle des idées sur lesquelles repose sa constitution.

NOTES

DU CHAPITRE PREMIER.

(1) Quand je parle de la civilisation en général, j'entends la culture de l'espèce humaine et non tel ou tel

mode d'existence de la société considéré d'une manière concrète par opposition à tel autre. Nous verrons plus loin que la période civilisée proprement dite paraît être appelée à des développemens ultérieurs.

(2) C'est une chose reconnue aujourd'hui que l'industrialisme, avec le système de propriété absolue et morcelée, aboutit à la plus dure féodalité industrielle.

(3) « C'est une très-bonne loi dans une république commerçante, que celle qui donne à tous les enfans une portion égale dans la succession des pères. Il se trouve par là que, quelque fortune que le père ait faite, ses enfans toujours moins riches que lui, sont portés à fuir le luxe et à travailler comme lui. Je ne parle que des républiques commerçantes; car pour celles qui ne le sont pas, le législateur a bien d'autres réglemens à faire. » MONTESQUIEU, *Esprit des lois.*

(4) On a demandé s'il pouvait exister des sociétés sans famille et l'on a cité pour exemple la monarchie catholique; des sociétés sans patrie, sans territoire, et l'on a rappelé l'état des Israélites dans le désert, des Athéniens sur leurs vaisseaux pendant que l'Attique était occupée par les Perses.

Ces exceptions elles-mêmes confirment cette vérité, d'ailleurs incontestable, que le genre humain ne se perpétue que dans la famille, que toute société repose sur la propriété. Les lois qui règlent la transmission de la propriété et la constitution de la famille appartiennent donc essentiellement au droit naturel.

« Une erreur digne de remarque est celle des commentateurs de la loi des Douze Tables. Ils prétendent qu'avant que cette loi eût été portée d'Athènes à Rome et qu'elle eût réglé les successions testamentaires et légitimes, les successions *ab intestat* rentraient dans la classe des choses *quæ sunt nullius*. Il n'en fut pas ainsi; la Providence empêcha que le monde ne retombât dans la communauté de biens qui avait caractérisé la barbarie

des premiers âges, en assurant par la forme même du gouvernement aristocratique la certitude et la distinction des propriétés. Les successions légitimes durent naturellement avoir lieu chez toutes les premières nations avant qu'elles connussent les testamens, cette dernière institution appartient à la législation des démocraties et surtout des monarchies. Le passage de Tacite que nous avons cité plus haut (*sui cuique liberi, nullum testamentum*) nous porte à croire qu'il en fut de même chez tous les peuples de l'antiquité et par suite à conjecturer que la loi Salique qui était certainement en vigueur dans la Germanie fut aussi observée généralement par les peuples du moyen-âge. » Vico, p. 324.

(5) Le professeur allemand Hubert.

CHAPITRE II.

De la Réserve ou Légitime.

PREMIÈRE SECTION.

NATURE DE LA LÉGITIME.

SOMMAIRE.

9. *Le père peut disposer de l'existence domestique comme le souverain dispose de l'existence civile.*

10. *Naturellement le pouvoir domestique ne peut pas plus, par l'adoption et l'institution d'héritier créer des enfans en dehors de la famille, que le souverain ne peut se créer des sujets en dehors de l'état. La création d'une*

famille nouvelle exige l'intervention de la puissance publique.

11. *La conservation du patrimoine des familles est fondée en droit sur l'incapacité du père de porter atteinte à l'existence de la famille. L'état d'indivision de la société domestique est le primordial.*

12. *La théorie de la légitime est généralement exposée d'une manière inexacte. La légitime est de droit naturel tout aussi bien que l'obligation alimentaire. Elle est même antérieure à celle-ci dans l'ordre des idées et des faits.*

13. *Définition de la légitime ou réserve.*

14. *Cette définition peut ne pas convenir à tous les états de société. Importance de la question de savoir si la légitime est la continuation de l'obligation alimentaire ou si elle est la représentation de l'intégralité du patrimoine. Indécision de la loi française à cet égard.*

15. *La réserve embrasse la faculté de disposer à l'intérieur et la faculté de disposer à l'extérieur de la famille.*

16. *A quoi doit se réduire la faculté de disposer et quels sont ses objets, tant à l'intérieur de la famille qu'à l'extérieur dans un état civil fixé.*

17. *La distinction entre la faculté de disposer à l'intérieur et cette même faculté à l'extérieur a été mal observée. Si nos législateurs y eussent mieux pris garde, ils eussent peut-être dans la fixation de la quotité disponible, considéré davantage le nombre des enfans. Ils eussent pu établir une légitime en collatérale.*

18. *Raisons données par les* motifs du code *de la détermination de la quotité disponible. D'après quelles considérations les législateurs peuvent la modifier.*

19. *Le but d'accroître l'autorité du père en lui réservant une quotité disponible assez forte, n'eût-il pas été mieux atteint par la conservation de l'exhérédation? La faculté de dissiper le patrimoine de la famille porte plus directement atteinte à son existence que l'exhérédation pour justes causes.*

20. *Dans une société fixée la loi est d'autant plus rigoureusement juste, qu'elle laisse une moindre quotité disponible. Que si avec la dévolution des biens on confère par le même acte le titre d'héritier, on réintroduit l'instabilité dans l'ordre successoral. Fictions sur lesquelles repose la faculté testamentaire.*

21. *Nature et raison de la légitime dans les lignes descendante et ascendante;*

Collatérale.

22. *La légitime n'est qu'une succession élevée à une sorte d'invariabilité par l'intensité de son principe.*

9. L'état civil comprend deux ordres subordonnés l'un à l'autre, l'ordre domestique et l'ordre public, la famille et l'état. Le pouvoir domestique a dans sa main les individus qui composent la famille, de la même manière que l'autorité publique ou le souverain a sous son pouvoir les familles dont l'agglomération forme le corps social. Mais le pouvoir, dans ces ordres respectifs, assez fort pour disposer des individualités qui composent chacun d'eux, est impuissant toutes les fois qu'il s'agit de

l'existence de l'ordre même dont il est membre et à l'égard de l'ensemble duquel il se trouve dans un rapport d'infériorité ; car notre existence ne nous appartient pas à nous-mêmes, elle ne peut être à la disposition que d'une puissance d'un ordre supérieur à celui auquel nous appartenons.

Ces simples notions conduisent à des conséquences sinon inattendues, du moins mal précisées et méconnues même souvent par les législateurs. L'individu ne peut être sacrifié par un autre individu comme tel, mais il peut l'être à l'intérêt de son ordre et par l'autorité qui représente cet ordre. Le serviteur, l'enfant, peuvent donc être sacrifiés à l'intérêt de la famille par le pouvoir domestique. C'est ainsi que s'explique l'exhérédation qui, quelqu'abusif que puisse être l'exercice d'un pareil pouvoir, n'est que la destruction de l'existence domestique dans les cas et sous les restrictions déterminées par la loi. De même la famille peut être sacrifiée à l'intérêt de l'ordre public, quand cet intérêt l'exige impérieusement. La confiscation, la dégradation ou la privation judiciaire du patrimoine et de la noblesse des familles sont donc pareillement dans le droit de la puissance publique ou du souverain.

10. Cette subordination hiérarchique des divers ordres qui composent l'état civil ne permet pas au pouvoir qui régit chacun d'eux d'exercer une action légitime dans une sphère supérieure à l'ordre auquel il appartient. Toutes les fois que cela paraît arriver, il y a toujours intervention plus ou moins explicite d'un pouvoir d'un ordre supérieur. Ainsi le souverain d'un état peut admettre de nouveaux sujets dans l'état soit par la concession du droit de bourgeoisie, soit en reculant les li-

mites de son empire; mais il ne peut se créer des sujets en dehors de l'état qu'il gouverne, ou, en tant que cela arrive, il sort lui-même de l'ordre et change de nature. Si le nouvel état est subordonné au premier, ces deux états n'en font qu'un ; s'il ne lui est pas subordonné, il en est indépendant, par suite hostile, et l'intervalle qui les sépare ne peut être comblé que par l'immensité de l'action providentielle. Il en est de même dans la famille. Le pouvoir domestique peut admettre ou s'acquérir de nouveaux sujets. Il peut accroître le nombre des esclaves, celui des enfans; mais il est impuissant à créer une famille nouvelle. L'acte par lequel le père de famille transfère à son gré l'ensemble de son patrimoine aux membres d'une famille étrangère, l'institution d'héritier et l'adoption dans le sens romain sont des créations de familles nouvelles. Le pouvoir public seul a la force et le droit de solenniser ces actes. C'était donc par une raison profonde que chez les Romains dont le sens juridique était si exquis, ils ne furent dans l'origine consommés que par une loi portée dans l'assemblée par curies. Ils furent dispensés de cette solennité à l'aide d'une extension exorbitante du droit de propriété dans la formalité de la mancipation. Encore s'y conserva-t-il des rits et des prescriptions qui attestaient l'intervention de la puissance publique à laquelle d'ailleurs, dans un état républicain, participait d'une manière directe chaque père de famille.

11. Le patrimoine de la famille étant nécessaire à sa subsistance, la conservation de ce patrimoine intéresse la chose publique. Il appartient à l'état ou à la loi d'en régler la transmission. Il n'appartient qu'à elle d'en pro-

noncer la destruction ou de permettre sa translation intégrale dans une autre famille.

La nécessité de la conservation du patrimoine des familles, qui a sa raison dans la conservation de l'ordre public (raison d'état), est fondée en droit dans l'incapacité du pouvoir domestique ou son impuissance à le détruire par la seule force de son libre arbitre. De là résulte l'indivision du patrimoine; et l'état substantiel d'indivision de la famille et de son patrimoine est l'originel et le primitif : la division et la reconnaissance des droits individuels de chacune des personnes qui la composent n'existent et ne peuvent se concevoir qu'à une époque et par suite d'un développement social ultérieurs.

12. Ceci met dans tout son jour l'inexactitude avec laquelle on présente ordinairement le droit de légitime ou de réserve. Montesquieu, partant de la supposition que le droit naturel est celui qui existe en dehors de tout ordre social et avant son établissement, prétend que les alimens sont dus par le père aux enfans de droit naturel, à la différence de la transmission successorale qu'il attribue tout entière à la loi civile. Nous aimerions mieux dire tout le contraire et soutenir que dans l'état de nature la famille forme un tout indivis et substantiel dont le patrimoine, résultat de la collaboration commune, appartient à ses membres par une sorte d'association, qui les rend tous co-propriétaires, du vivant même de l'auteur commun; tandis que l'obligation alimentaire et la légitime proprement dite ou sont méconnues encore et mal définies, ou s'évanouissent par l'expulsion ou l'abandon volontaire de la société domestique. La famille asiatique, berceau du genre humain,

est enveloppée dans une indivision presqu'indestructible, à laquelle le décès même de l'auteur commun ne porte point atteinte; ce n'est que sur le terrain de la migration et à mesure que les droits de la personnalité se produisent, que l'obligation alimentaire, la légitime, le partage égal, la rentrée dans la famille des enfans qui en sont sortis par l'émancipation ou de quelqu'autre manière sont écrits et sanctionnés dans la législation.

13. Qu'est-ce donc que la légitime? Est-ce la continuation et le supplément de l'obligation alimentaire? Est-ce au contraire une portion du patrimoine de la famille qui en représente, par rapport à celui qui y a droit, l'intégralité? Cette question capitale ne peut trouver sa solution que dans l'état général de la société que l'on observe. L'ordre le plus conservateur, le plus parfait conséquemment, sous le point de vue successoral, puisque les successions ne sont que l'expression du principe de conservation dans le patrimoine des familles, est celui dans lequel la réserve est la totalité ou la presque totalité du patrimoine commun transmise par une loi invariable à ceux qui sont reconnus les plus aptes à l'administrer, sous la condition de satisfaire à toutes les obligations du pouvoir domestique. La légitime n'est que l'hérédité ou cette portion de l'hérédité à laquelle la loi n'a pas voulu que le bon plaisir du père de famille pût porter atteinte.

14. Cette définition ne convient pas indistinctement à tous les états de société. Si, par l'effet d'un accroissement subit des ressources publiques, les subsistances augmentent dans une proportion plus rapide que la population, ou si un grand bouleversement moral s'exprime par un déplacement correspondant dans les patrimoines et dans

le pouvoir, il peut arriver que les idées de conservation s'effacent, que même elles deviennent odieuses, qu'on admette en principe l'égalité de partage et que la légitime ne soit plus alors qu'une portion des biens de l'auteur commun transmise comme une continuation de l'obligation alimentaire, abstraction faite de toute idée de représentation. Mais toujours est-il que cette question est tout-à-fait fondamentale dans toute loi de successions, qu'elle est en quelque sorte son point de départ, et la société qui ne sait pas la résoudre, qui dispute sur ces termes mêmes est dans un état instable, elle n'est pas fixée. L'ordre provisoire dans lequel elle vit n'est pas solidement assis, et son existence ne s'explique que par un grand travail intellectuel, qui entraîne tout à sa suite et ne permet à aucun principe de se reproduire dans l'état avec une prédominence légale.

On entrevoit dès ici et nous aurons l'occasion d'y revenir quelle est la position de notre loi française qui, indécise entre le système coutumier et le romain, a laissé sans réponse la question de savoir si c'est à titre d'enfant ou d'héritier que la légitime peut être retenue ou réclamée; question résolue enfin par la jurisprudence après une longue lutte qui peut laisser encore les meilleurs esprits peu satisfaits.

15. Il ne suffit pas pour se former une juste idée de la légitime de diviser le patrimoine en deux masses l'une disponible et l'autre indisponible. Cette simple division laisse confondues deux choses qui sont pourtant essentiellement distinctes : la faculté de disposer à l'intérieur de la famille, la faculté de disposer à l'extérieur. La disposition à l'intérieur se fonde sur la convenance et la justice de laisser à celui qui nous remplace les é-

molumens affectés à l'accomplissement des obligations que lui impose la position sociale que nous lui transmettons. Ce terme réduit à son expression la plus simple, est le devoir de laisser au moins des moyens d'existence à l'être auquel on a donné la vie. La faculté de disposer à l'extérieur tient plus directement à des considérations politiques, elle dépend davantage de la constitution particulière de la société pour laquelle la loi est faite, du plus ou moins grand degré de force et d'influence qu'y exerce le principe de conservation, de l'organisation et de la hiérarchie des divers ordres de l'état avec lesquelles elle doit se trouver en harmonie, en un mot de la raison d'état.

16. Le père de famille, dans un état civil fixé et solidement assis, ne doit avoir dans la distribution de ses biens entre ses enfans, que la latitude nécessaire pour compenser les inégalités de la nature ou pour reconnaître les services particuliers qui lui auraient été rendus par quelqu'un d'entr'eux. Dans la distribution extérieure de ces mêmes biens, c'est-à-dire dans les dispositions qui lui sont permises en faveur des étrangers, il ne doit avoir que la faculté de donner un gage d'amitié, de faire quelque présent d'usage ou de reconnaître un service. Dès qu'il dépasse ces limites il excède sa compétence parce qu'il porte atteinte, par la dispersion indue des biens de la famille, à l'existence et à la conservation de celle-ci ; il usurpe le pouvoir public qui seul peut disposer du sort des familles et prononcer, pour de justes causes, leur extinction.

17. Cette distinction entre la distribution que fait le père de son patrimoine entre ses enfans et cette même distribution à l'égard des étrangers n'a pas été suffisam-

ment observée. Elle nous semble de la plus haute importance, et c'est, nous n'en doutons pas, pour l'avoir méconnue que la plupart des législations successorales ont adopté une quotité disponible ou excessive ou insuffisante.

La coutume de Paris, par exemple, avait fixé la légitime à la moitié de la part héréditaire de chaque enfant, sans égard à leur nombre. Il en résultait des injustices choquantes. Ainsi, tandis qu'un étranger avait la moitié, chacun des enfans n'avait que 2|12 s'ils étaient trois ou même beaucoup moins encore s'ils étaient en plus grand nombre. Il est évident qu'on eût évité cette disproportion, si on eût fait varier la quotité disponible avec le nombre des enfans. C'est une omission de la distinction capitale que nous venons de faire observer entre la distribution du patrimoine à l'intérieur et cette même distribution à l'extérieur de la famille. Il ne suffit pas que le législateur établisse des restrictions qui assurent la conservation d'une portion notable du patrimoine, il faut qu'il prenne en considération l'inégalité que la portion disponible qu'il détermine peut produire à l'intérieur de la famille et à l'extérieur, en d'autres termes il faut qu'il compare la part éventuelle d'un enfant et celle d'un étranger.

La loi du 17 nivôse pécha par le même vice, mais en sens contraire. Elle réduisait la quotité disponible au sixième. Cette quotité qui pouvait être suffisante au cas où il y aurait eu plusieurs enfans, ne l'était plus lorsqu'il n'y avait pas d'enfans ou qu'il n'y en avait qu'un. Il fallait en ce dernier cas étendre la quotité disponible.

Notre code civil a pris en considération tout à la fois la distribution des biens à l'intérieur et leur distribution à

l'extérieur de la famille. Il a fait entrer le nombre des enfans pour quelque chose dans la détermination de la légitime; mais il n'a pas poussé cette graduation au-delà du quart du patrimoine. Il résulte néanmoins de la fixation de la réserve aux trois quarts qu'il adopte s'il y a trois enfans ou un plus grand nombre, que la disposition du père de famille peut dans certains cas rendre la part d'un de ses enfans double de celle de son frère, résultat trop disproportionné peut-être et qu'il eût été facile d'éviter. D'un autre côté il n'a pas assez observé la différence qui existe entre les principes qui régissent la légitime des enfans, laquelle n'est que la production et la reconnaissance des droits de la personnalité dans la société domestique et ceux de la réserve respectivement aux étrangers, qui n'est qu'une force de conservation et l'expression de l'élément substantiel de l'indivision. Si l'on y eût mieux réfléchi peut-être, on n'eût pas, comme on l'a fait, laissé disponible à défaut d'ascendans et de descendans l'intégralité du patrimoine. On eût pu établir une réserve en collatérale et cette réserve eût été étendue sans doute au-delà du second degré; car si les frères et sœurs n'ont point droit aux alimens, la réserve en leur faveur ne peut se fonder sur un droit propre et individuel, mais seulement sur le vœu de la conservation des familles, et cette raison s'applique aussi bien au cas où il n'y a que des collatéraux à des degrés plus éloignés qu'à celui où il existe des frères et sœurs du défunt.

18. « Les anciens législateurs, disait l'orateur du gou-
» vernement, ont eu trois motifs pour fixer la légitime
» à moitié : le premier est de fixer une part égale
» au droit de propriété et à la piété filiale (ce motif a

quelque chose de pareil et revient à dire : le droit de propriété, la piété filiale sont deux forces contraires qui se trouvent en présence. Dans l'absence de raisons de préférence pour l'une ou pour l'autre, elles partagent également le patrimoine); le second de mettre » les pères en état de compenser entre leurs enfans les » désavantages qui résulteraient entr'eux de la nature » ou de la fortune (ce motif est le seul vrai quant à la distribution à l'intérieur de la famille); le troisième de » placer dans leurs mains des peines et des récompen- » ses pour maintenir dans les familles la subordination » et la tranquillité d'où dépend le repos de l'état. »

« Ces deux premiers motifs sont toujours existans et le troisième a acquis depuis la révolution un bien plus grand degré de force par l'accroissement de l'insubordination et de la dépravation des mœurs de la jeunesse. »

Que conclure de cette théorie? Que dans un gouvernement paisible où les mœurs sont respectées et où le pouvoir public a beaucoup de force, la puissance paternelle qui devient moins absolue et dont les attributions se restreignent, à mesure que le pouvoir public s'élève et se régularise, n'a besoin d'une quotité disponible que pour remplir le second objet indiqué comme raison de la légitime, c'est-à-dire mettre le père, en état de compenser entre ses enfans les désavantages qui résulteraient entr'eux des inégalités de la fortune ou de la nature; mais que le troisième objet qui est de maintenir dans les familles la subordination et la tranquillité d'où dépend le repos de l'état, paraîtrait pouvoir exiger, à certaines époques, l'élargissement de la quotité disponible. Si l'on suppose que la société livrée

à un pouvoir faible et à des mœurs corrompues, se dégrade et se rapproche de l'état de nature, dans lequel la puissance paternelle est d'autant plus absolue qu'elle est la seule autorité incontestée, ou qu'avec des institutions désorganisées et inconsistantes, elle descende à un état démocratique mal réglé, on doit approuver les mesures législatives, qui, en étendant la quotité disponible, fortifient la puissance paternelle. Dans les temps de calme, au contraire, lorsque le pouvoir public, assis sur de solides bases, règle sévèrement tous les ordres de l'état, et s'affermit de plus en plus, il peut être utile, dans certaines législations, d'apporter des restrictions à la puissance domestique.

19. Notre loi française a laissé à la disposition des pères de famille, pour accroître et sanctionner leur autorité, la moitié du patrimoine commun; c'est une quotité disponible large. La faculté d'exhéréder pou justes causes n'eût-elle pas mieux atteint ce but? Cet acte qui a quelque chose de solennel et de patriarcal et qui produit une sorte de flétrissure dans l'opinion publique eût été une plus forte garantie pour le pouvoir paternel. En l'exerçant, celui-ci n'excède pas son droit, car la peine n'atteint qu'un membre de la famille. C'est son exclusion de la société domestique analogue à ce qu'est le bannissement dans l'état public. Le droit d'exclure d'une société ou d'expulser d'un corps appartient évidemment à son chef quand il résulte de la nécessité de la conservation de cette même société ou du pouvoir qui la constitue. Il en est autrement des libéralités excessives; elles frappent la famille tout entière et sapent son existence future. De pareilles libéralités excèdent donc les bornes d'un pouvoir de con-

-servation. Cependant on a étendu la quotité disponible et effacé le droit d'exhérédation. C'est précisément l'inverse de ce que voulait le principe successoral (1).

20. L'héritier étant la personne chargée de représenter le défunt, de tenir sa place et de remplir toutes ses obligations, donner la plus grande partie de ses biens à celui qui n'est pas son héritier, c'est accorder à l'un la place, à l'autre l'émolument. Une législation est donc d'autant plus rigoureusement juste qu'elle laisse moins de latitude aux dispositions à titre gratuit ou une moindre quotité disponible.

Dira-t-on que le même acte qui opère la dévolution des biens peut conférer le titre et la qualité d'héritier, le testament par exemple? Mais l'institution testamentaire retombe dans un plus grand mal que celui qu'on veut éviter, elle produit l'instabilité de l'ordre successoral. Remettre la transmission du pouvoir à l'élection c'est, dans la famille comme dans l'état, une suspension des lois de l'ordre provisoire actuellement subsistant, qui ne peut se prolonger que par une prédominance soutenue de l'ordre intellectuel. C'est une violation du principe successoral et conservateur, laquelle appartient à une autre position de la société.

Les testamens sont cependant de droit naturel. Non, si l'on entend par droit naturel le petit nombre de lois sans lesquelles la famille ne peut ni se concevoir ni se conserver. La faculté testamentaire ne peut être mise au nombre de ces faits nécessaires puisque la voix de la nature et les liens du sang indiquent suffisamment les héritiers auxquels les biens doivent être transmis.

Le catholicisme les favorise : le catholicisme favorise les legs pieux, non les institutions d'héritiers. Comme

tout ordre intellectuel le catholicisme est ennemi de l'esprit de famille.

La faculté testamentaire est un développement de l'idée de propriété; mais c'en est un développement excessif, contre nature. Toute disposition de ses biens pour un temps où il n'existera plus excède la puissance de l'homme. L'acte par lequel on se crée une famille nouvelle, par lequel on détruit, autant qu'il est en soi, la famille où l'on est né, cet acte exige l'intervention de la souveraineté ou de la puissance publique. Il excède les bornes du pouvoir domestique.

La faculté testamentaire, enfin, repose sur trois fictions qui sont toutes trois également contraires à la nature et à la vérité. — Union de l'époque du testament et de celle du décès. — Union de l'époque de la vie et de celle de la mort (Le défunt est censé avoir disposé au dernier moment de la vie). — Union de l'époque du décès et de celle de l'addition de l'hérédité.

21. En ligne directe descendante la légitime repose sur la représentation, idée fondamentale de toute société. Il est aussi naturel que juste que celui qui doit représenter un citoyen jouisse des mêmes droits que lui, qu'il reçoive autant que possible la plénitude de ses facultés légales et tout son patrimoine; plus cette transmission est intégrale et certaine, plus, toutes choses égales d'ailleurs, l'ordre civil est solidement assuré; moins est sensible le vide ou la brèche faits par la mort dans les rangs de la société. La force du principe de la représentation est précisément celle du principe successoral. Sa vitalité s'exprime par l'invariabilité de la transmission en ligne descendante. Cette transmission a lieu ou du patrimoine indivis ou du patrimoine di-

visé par le principe d'égalité, qui n'est, lui, que l'absence de raisons de préférence entre enfans d'un même père. Ce principe négatif veut, non une égalité de parts absolue, mais l'égalité *de conditions*. L'égalité de conditions, la nécessité de la représentation sont les deux élémens fondamentaux de la succession en ligne directe descendante. La légitime qui en est la portion conservatrice, est plus particulièrement l'expression du principe de la représentation modifiée, d'une manière appropriée à l'état moral de la société et dans une proportion convenable, par le principe ou l'élément négatif de l'égalité de condition entre enfans.

En ligne ascendante c'est autre chose; il n'y a plus de représentation. Si les descendans sont appelés par le vœu de la nature à remplacer leurs père et mère et à les représenter dans un sens réel et figuré, il n'en est pas ainsi des père et mère respectivement à leurs enfans. Cet événement funeste n'apparaît au législateur que comme une interversion des lois de la nature : *Turbato mortalitatis ordine* ; ils sont impuissans à les représenter et les charges sociales que ceux-ci devraient porter pèseraient trop à leurs mains tremblantes. De là la maxime féodale d'origine, propres ne remontent, si souvent répétée dans notre ancien droit. Ce n'était dans la vérité que l'application de cette règle d'éternelle justice, que les émolumens n'appartiennent qu'à ceux qui portent les charges ou qui accomplissent le service public auquel ces émolumens sont affectés. D'un autre côté les devoirs des enfans ne sont pas si étendus que ceux des père et mère sous le rapport de l'ordre public, parce que le bien-être des ascendans est plus indépendant de la portion des biens qui leur est réservée dans la fortune de

leurs descendans que l'état des enfans ne l'est de celle qu'ils obtiennent dans les biens de leurs père et mère. Aussi dans la plupart des coutumes, les ascendans n'avaient point de légitime, ou, s'ils en avaient une, cette légitime n'atteignait que les biens d'une moindre importance, les acquêts et à leur défaut les biens meubles seulement. Mais les propres étaient religieusement conservés aux plus éloignés des collatéraux en la personne desquels on trouvait la possibilité d'appliquer le principe de la représentation, comme si la loi eût recueilli avec respect la simple espérance de perpétuer une race menacée de s'éteindre. La légitime, au contraire, et la succession des ascendans, n'eurent jamais d'autre fondement qu'un sentiment de piété qui leur laissait dans ce renversement des lois de la nature, une faible quotité de la partie la moins essentielle du patrimoine de la famille pour consoler leur malheur et sécher leurs larmes.

En collatérale enfin, les deux élémens de la transmission successorale que nous avons observés, le principe de la représentation et celui de l'égalité perdent l'un et l'autre presque toute leur force. Il ne reste pour ainsi dire que l'espérance ou la possibilité d'appliquer d'une manière imparfaite encore le principe de la représentation. Voilà pour la théorie.

Dans le fait, la prévoyance de la loi est moins nécessaire à l'égard des frères et sœurs qu'elle ne l'est en ligne directe, car il arrive le plus souvent ou qu'ils succèdent directement à une partie des propres ou qu'ils retrouvent plus tard dans l'hérédité de leurs frères la portion de leurs propres à laquelle ils ne succèdent pas directement. Que si le patrimoine se compose entière-

ment d'acquêts et de mobilier, cette nature de biens est moins essentiellement affectée à la conservation des familles que les biens propres, lesquels ne nous sont transmis par nos aïeux que grevés d'une sorte de substitution fidéicommissaire en faveur de nos descendans. En ce qui concerne les neveux, l'expérience a appris que dans les pays qui, comme ceux du droit écrit avant la révolution n'avaient pas de légitime en collatérale, et où les propres n'étaient pas attribués à cette ligne, c'était parmi eux le plus souvent que le disposant se créait un objet spécial de ses affections et qu'il se choisissait un représentant et un héritier. L'expectative de cette faveur, l'échange de services et de bienfaits qu'entretenait la faculté illimitée de disposer avait paru propre à conserver l'esprit de famille et produisait d'heureux effets moraux auxquels n'eût pu atteindre la froide dévolution d'une portion définie par la loi. Néanmoins il reste encore à leur égard, à défaut du droit personnel d'alimentation continuée, le principe d'indivision de la famille, cet élément primordial des sociétés qui fait du patrimoine de la famille un tout, une masse compacte et indissoluble, transmise par une sorte de cooccupation aux membres qui la composent, à quelque distance qu'ils puissent être en tous sens de la tige ou de l'auteur commun; en un mot la conservation de l'enveloppe extérieure de la famille, de l'écorce ou de la forme qui recouvre sa substantialité. Tel est, nous l'avons déjà remarqué le noyau primitif de la famille, duquel se dégagent et se produisent, à mesure que la civilisation marche et sur le terrain de la migration, les droits personnels du partage égal, de l'alimentation, de la légitime, de la dot et des retours que ces droits opèrent

22. En résumé la légitime se fonde sur les mêmes principes que la succession, et ce n'est qu'une succession solidifiée si on l'ose dire, et élevée à une sorte d'invariabilité par l'intensité de son principe. La succession repose en ligne descendante sur la nécessité de la représentation, en ascendante sur un sentiment de piété et de commisération, en collatérale sur l'indivision ou l'indestructibilité de l'enveloppe extérieure de la société domestique. Les mêmes principes élevés à une puissance supérieure ou à un plus grand degré d'intensité produisent la légitime et la formulent.

SECONDE SECTION.

Quelques autres institutions par lesquelles s'exprime, dans l'ordre successoral, le principe de la conservation du patrimoine des familles.

SOMMAIRE.

23. *La plus ancienne forme de la légitime est l'indivision de la société domestique.*

24. *Principales époques de la légitime à Rome.*

25. *Institutions conservatrices du patrimoine des familles chez les Germains.*

26. *Dans nos coutumes et dans les lois qui ont précédé le code civil.*

27. *L'origine des biens, leur nature servent aussi de base aux restrictions mises à la faculté de disposer.*

28. *Certaines formes de la propriété qu'on peut rapporter au principe de la conservation des biens.*

29. *Ce qu'avaient de particulier les règles de leur transmission successorale.*

30. *Dans toutes les législations la réduction et les rapports sont des institutions restrictives de la faculté de disposer. Nécessité de se faire une juste idée de leurs principes respectifs.*

31. *Explication. Entre quels élémens se passe la lutte et comment ces deux institutions en déterminent le résultat.*

23. La plus ancienne forme de la réserve ou légitime est l'indivision du patrimoine de la famille, indivision à laquelle la mort de l'auteur commun ne portait pas atteinte, une continuation de la société familiale ou de l'état de communauté que ne détruisait pas même le décès de l'un des conjoints; telle est l'origine asiatique. Ce fonds oriental se conserva long-temps après la migration, dans la Grèce même, où le développement de l'individualisme et des droits de la personnalité ne fit naître qu'assez tard, chez les Athéniens et les Spartiates, la faculté testamentaire. De là elle passa dans la loi romaine des Douze-Tables : *uti paterfamilias legassit super pecuniâ tutelâve suæ rei ita jus esto.* Chez les Hébreux, chez les Egyptiens, chez les peuples d'origine germanique, dans tout le moyen-âge la faculté testamentaire fut inconnue.

24. A Rome la réserve ou légitime eut trois époques principales : liberté absolue de disposer, réserve du quart, réserve du droit de Justinien graduée sur le nombre des enfans.

25. Les peuples germaniques avaient plusieurs institutions propres à conserver les biens dans les familles. Outre l'*Hergewate* et la *Gerade* dont nous parlerons plus bas, ils possédèrent, même après qu'ils eurent reçu des Romains l'usage des testamens, la distinction des biens en propres et acquêts, meubles et immeubles et les pactes conservateurs des familles dont font mention les lois salique, ripuaire et visigothe.

26. Dans notre ancienne jurisprudence française on connaissait la légitime, la falcidie, la trebellianique et les réserves coutumières.

A ces institutions ont succédé la réserve de la loi du 17 nivôse, la réserve de la loi du 4 germinal, la réserve du code (2).

27. L'origine des biens suffisait seule, dans un grand nombre de coutumes, dans celles par exemple où tous les propres étaient frappés d'inaliénabilité pour fonder une légitime. On peut dire même que dans presque toutes les législations, cette origine influe d'une manière plus ou moins marquée sur leur disponibilité. Rien ne paraît plus naturel en effet que la transmission à nos descendans des biens que nous avons reçus de nos ancêtres, et c'est pourquoi ils étaient soumis, sous le nom de propres, à une action conservatrice toute spéciale. Mais quant aux biens acquis par notre industrie, fruits de notre labeur et notre création en quelque sorte, la faculté d'en disposer fut toujours beaucoup plus large. C'est pour cette raison sans doute que chez les peuples industriels, où l'activité du commerce et l'instabilité des fortunes font si fréquemment passer les biens d'une main dans une autre, le droit de propriété se montre plus absolu qu'il ne l'est chez les peuples agri-

sent avoir ceci de commun qu'elles sont la propriété d'un ordre social antérieur conservée dans le progrès de la civilisation et gardant dans le souvenir des peuples son premier type et son importance. Elles sont également toutes, cette portion de la nature physique, qui s'approche le plus de l'homme, qui s'unit le plus intimement à sa personne, qui lui rend les services les plus journaliers et les plus nécessaires. En un mot, ainsi que le patrimoine est dans l'état civil cette portion de la nature physique qui reçoit l'empreinte de la personnalité et qui la reflète d'une manière spéciale, ces différentes sortes de propriété primitive ont un caractère plus éminemment personnel encore et portent le sceau vivant de l'humanité. Les choses mancipi, le bétail et tout ce qui tient aux premières nécessités de la vie semblent appartenir surtout à l'état pastoral; la terre salique privilégiée, la maison et le petit espace qui l'entoure, à l'occupation ou à la conquête; le cheval et les armes, le charriot de transport, les ornemens de femme et certains meubles indispensables qui composent *l'hergewate* et la *gerade* indiquent un état de migration. Ces antiques formes de la propriété demeurèrent long-temps soumises à des règles spéciales, soit pour leur aliénation contractuelle, soit dans leur transmission successorale.

29. La succession à la terre salique était rigoureusement privilégiaire et agnatique. Il en fut de même à Rome des choses mancipi, qui appartiennent proprement à la législation des Douze-Tables. Leur simple aliénation était en outre soumise à la formalité de la mancipation à l'aide de laquelle on affectait même les personnes (nexi), et on donnait à leurs obligations un caractère de réalité. L'*hergewate* et la *gerade* avaient une

succession privilégiée, c'était comme une réserve invariablement déférée à certaines personnes, ou plutôt un préciput pris sur la réserve pour la computation de laquelle il ne pouvait être compté. En sorte que comme patrimoine primitif et éminent, il participait de la nature de la légitime dont il subissait l'invariable transmission, et comme le bien le plus personnel il était un prélèvement ou un préciput en faveur de l'héritier légalement désigné pour en recevoir l'honneur ou le privilége. Il réunissait donc au plus haut degré dans sa transmission successorale, deux momens fondamentaux, la réalité et la personnalité; il demeurait comme la réserve la plus invariable des patrimoines et comme préciput il en était le plus personnel et le plus privilégié (3).

30. La réduction et les rapports sont dans toutes les législations les principales institutions juridiques qui sanctionnent les limites posées à la faculté de disposer du patrimoine familial. Pour bien en comprendre le sens il est nécessaire de se faire une idée nette de leurs principes respectifs et de la question qu'elles résolvent dans la lutte des deux forces contraires qu'elles compriment ou qu'elles règlent.

Nous avons vu que la légitime présentait deux aspects ou rapports différens, la disponibilité à l'intérieur, la disponibilité à l'extérieur. Ces deux facultés n'ont affaire qu'aux principes contraires d'indivision ou de division et sont indifférentes à l'égalité de partage qui n'est qu'un élément négatif. C'est ce qui explique l'absence de légitime en ligne ascendante dans beaucoup de législations, notamment dans les lois germaniques où l'élément successoral a tant de vitalité. Un sentiment de

commisération et de piété ne pouvait s'élever à la force d'un principe et d'un principe inviolable suffisant pour assurer la transmission invariable du patrimoine de la famille ou une légitime. Par la même raison la légitime en collatérale répudie tout caractère individuel pour prendre la forme d'une conservation plus ou moins intégrale et rigoureuse du patrimoine. Telle était dans nos coutumes la dévolution des propres à la ligne collatérale.

31. La liberté de disposer à l'extérieur de la famille favorise le principe de division, la liberté de disposer à l'intérieur de la famille favorise le principe d'indivision. La lutte entre le principe de division et le principe d'indivision dont la combinaison sage est le fonds de toute bonne législation successorale, laisse de côté l'égalité de condition entre enfans comme un fait auquel elle est étrangère. La réduction et les rapports bien qu'ayant pour caractère commun de servir de limites à la faculté de disposer, sont donc respectivement l'expression de principes tout différens. Ce n'est qu'à l'extérieur de la famille que la réduction est la limite légale entre le principe de division et celui d'indivision. A l'intérieur et entre enfans la réduction est la limite légale entre la nécessité de la représentation combinée avec l'égalité de conditions d'une part, et de l'autre la plénitude du droit absolu de propriété, qui tend à la liberté de disposer indéfinie. La réduction est toujours dans l'intérêt des héritiers du sang; les rapports leur sont autant contraires que favorables; ni l'une ni l'autre institution n'ont leur source dans la volonté réelle ou présumée du disposant, comme on le suppose souvent avec inexactitude, elles sont dirigées au contraire contre les abus

de cette volonté. C'est un frein qui *lui* est imposé. Elles ne sont autre chose qu'une réformation plus ou moins directe de la volonté du disposant par celle de la loi, un retour plus ou moins violent à l'ordre légitime de succéder. Les rapports ont pour objet la sanction du principe négatif d'égalité, la réduction celle du principe positif de conservation et d'indivision des patrimoines.

TROISIÈME SECTION.

Si notre législation successorale devait être modifiée, dans quel sens ce pourait être.

SOMMAIRE.

32. *Objet de cette section.*

33. *Le partage égal convient aux républiques.*

34. *Ce que veut notre époque n'est pas une égalité de fait, mais mobilité et liberté.*

35. *La faveur accordée aux classes moyennes est contraire à la justice et à la liberté naturelles.*

36. *L'égalité de partage est différente en soi au principe qui prédomine dans la transmission successorale.*

37. *Du principe d'indivision. — Du principe de division.*

38. *Diversité d'esprit et de tendance entre un ordre social basé sur l'égalité de fait des patrimoines et l'ordre intellectuel qui favorise la liberté de disposer.*

39. *Il faut donc faire une distinction fondamentale*

entre les républiques proprement dites et les sociétés industrielles.

40. *Notre système successoral n'a aucun sens exclusif. Il n'est pas conservateur, il n'est pas libre.*

41. *Tout essai de faire revivre l'esprit de famille en fortifiant le principe de conservation serait contraire aux idées dominantes. Insuccès des tentatives qui ont été faites en ce sens sous la restauration.*

De nouvelles modifications législatives seraient probablement dans le sens de la faculté de disposer.

32. Nous avons reconnu l'idendité du principe successoral et de celui des réserves ou légitimes, la nature du droit du pouvoir domestique sur le patrimoine de la famille, les formes variées que prend la légitime et les raisons sur lesquelles elle repose dans chacune des lignes ascendante. descendante, collatérale; nous avons vu quelles restrictions à la faculté de disposer font naître les différentes natures de biens et leurs origines diverses, nous avons enfin sommairement analysé quelques institutions conservatrices du patrimoine des familles; nous examinerons dans cette section le rapport qui existe entre l'état public des sociétés modernes et leurs régimes successoraux, quelle est leur tendance, leur esprit, et, si notre loi successorale en particulier laisse désirer ou espérer des réformes, dans quel sens ce peut être et quel progrès social est nécessaire pour les amener.

33. M. Haller, dans son ouvrage justement célèbre de la science politique restaurée, a examiné le côté politique de la question. Il a recherché quelles sont les

conditions de l'hérédité qui conviennent aux états démocratiques ou quelles lois successorales satisfont le mieux aux données de leur existence. Les états constitutionnels modernes tendant à devenir de grandes républiques industrielles, on peut appliquer à notre société présente les principes qu'il expose. Toutefois ils nous ont paru susceptibles de certaines modifications essentielles que nous soumettrons au lecteur.

D'abord M. Haller, d'accord en ceci avec Montesquieu, enseigne que dans les républiques les transmissions héréditaires doivent être régies par la loi du partage égal.

Il n'est pas douteux, en effet, que l'égalité des partages est un moyen de nivellement très-puissant qui tend à ramener rapidement toutes les fortunes à une même médiocrité. Avec l'égalité de partage il faudrait un très-grand développement industriel pour soutenir une ombre d'aristocratie qui, devenant bientôt mobile, instable, inquiète, dégénérerait facilement en oligarchie. L'égalité de partage appartient incontestablement aux républiques, à celles du moins qui reposent sur la faveur des classes moyennes et qui se proposent de réaliser une égalité de fait stable et forte.

34. Mais on peut se demander si c'est un pareil état démocratique qui convient à l'esprit moderne, s'il ne veut pas au contraire une démocratie électoralement constituée, mobile, hiérarchique, un état en un mot dans lequel l'extrême mobilité du pouvoir et des fortunes serait l'équivalent ou la compensation de l'égalité de fait qui, par cela seul qu'elle se fixe, amène le privilége et fait obstacle au développement social. Nous nous expliquons :

L'égalité de biens absolue ne peut être maintenue dans un état que par des moyens rigoureux et quelquefois violens, tels que la proclamation des lois agraires, les prohibitions de disposer soit entre vifs soit par testament, l'inaliénabilité des patrimoines, l'agnation, les substitutions et les retours successoraux; car rien ne produit plus de priviléges exorbitans dans l'ordre successoral, que le désir de conserver les biens dans les familles et de maintenir autant que possible l'égalité des fortunes. Aussi est-ce le caractère commun de toutes les législations successorales appartenant à une époque peu éloignée de ce partage égal des terres que l'on observe chez la plupart des grands peuples après leur émigration.

Notre époque ne veut pas l'égalité des fortunes, qui est peut-être ce qu'il y a de plus opposé à l'industrie et au commerce, mais mobilité et liberté. Elle ne veut pas l'égalité de fait, elle l'a reconnue impraticable; mais elle veut l'égalité de droits et la facilité pour tous de parvenir à la plus haute somme de fortune et de pouvoir ou de bien-être social (4).

35. L'esprit des républiques, continue M. Haller, est de favoriser les classes moyennes, et toute la législation doit tendre à ce but par des moyens indirects. Oui, sans doute, dans les républiques qui se proposent pour but une égalité de fait de laquelle elles s'efforcent de se rapprocher de plus en plus. Mais encore une fois est-ce bien là l'esprit des démocraties modernes? N'est-ce pas déjà une violation du droit naturel que cette faveur des classes moyennes que l'on prétend imposer. La nature ne veut point de priviléges, mais une liberté aussi illimitée que peut la supporter le

genre humain : *privilegia ne irroganto.* Ce qui doit faire la condition fondamentale des sociétés modernes, c'est l'égalité de droits. L'égalité de fait est souvent contraire à l'égalité de droits et à la liberté. Elle lui est même nécessairement contraire, puisque, c'est M. Haller qui le reconnaît, la législation d'une république fondée sur l'égalité de fait doit favoriser les classes moyennes; en tant que cette faveur existe, l'égalité est donc violée; et cette seule violation est une opposition flagrante et directe à la justice et à la liberté naturelles (5).

36. Nous avons vu que l'égalité de partage entre enfans n'est qu'une égalité de fait réelle ou présumée. C'est un principe négatif. Les enfans d'un même père se trouvent tous également en possession. Chacun d'eux consomme ou est censé consommer dans la maison paternelle une part égale du revenu commun. Ils vivent donc et sont dans une véritable égalité de fait. La question de principes, la lutte qui s'élève au moment de l'ouverture de l'hérédité n'est pas précisément entre l'égalité de partage et la liberté de disposer, mais bien entre l'indivision ou la persistance la plus grande possible dans une indivision plus ou moins complète, et la division.

37. L'indivision ou la plus grande persistance possible dans l'indivision fait le caractère d'un état de société fixé et immobile : la division ou le fractionnement celui d'une société non fixée. La division et l'indivision doivent être entre elles dans le même rapport qu'est le principe du mouvement ou du progrès à celui de persistance ou de conservation.

Le principe de division détruit ou peut détruire l'égalité de partage tout aussi bien que le principe d'indivision. Le père qui gratifie un de ses enfans de la quotité

disponible, porte atteinte à cette égalité d'une manière aussi flagrante que le fait le droit d'aînesse, par exemple, ou le privilége de la masculinité.

La faculté de disposer illimitée, l'inaliénabilité absolue du patrimoine, sont respectivement les termes extrêmes du principe de division et du principe d'indivision.

58. L'inaliénabilité du patrimoine ou sa conservation s'exprime tantôt par l'indivision, comme dans les législations de l'Inde; tantôt par l'inaliénabilité elle-même, comme dans le patrimoine des princes; ici par le privilége de l'aînesse à charge de pourvoir à l'entretien des autres enfans comme dans notre ancienne coutume de Bretagne, là par les priviléges de l'agnation et l'exclusion des femmes comme à Rome. On peut rapporter encore à ce principe, selon qu'il se reproduit d'une manière plus ou moins explicite les substitutions, les retraits, la légitime même et la plupart des institutions successorales.

L'indivision s'exprime par le privilége et produit nécessairement l'inégalité de droits. La division proclame l'égalité de droits, mais laisse subsister ou produit souvent de grandes inégalités de fait. Ce fait lui est indifférent. L'ordre de conservation ou l'immobilité sans attaquer directement en soi l'égalité des partages, établit les priviléges pour conserver l'indivision qui lui est essentielle. L'ordre intellectuel ou mobile établit ou favorise la liberté absolue de disposer sans se soucier de l'égalité de partage. Cette égalité de partage est un fait qui lui est étranger et qu'il ne contrarie qu'autant qu'il le trouve sur son chemin, comme obstacle à la liberté absolue de disposer.

39. Il faut donc faire une distinction capitale entre les républiques qui reposent sur l'égalité de fait ou qui se proposent d'en approcher le plus possible, et celles qui reconnaissent l'inégalité de fait comme nécessaire, mais qui proclament l'égalité de droit et font consister leur perfection dans la conciliation humainement possible du fait et du droit.

Les premières, dès qu'elles se fixent, admettent nécessairement tous les priviléges successoraux, l'agnation, la masculinité, les substitutions, les retours, etc. C'est à ce prix seul que peuvent se maintenir les effets du partage égal primitif des terres. Les secondes favorisent la faculté de disposer, et leur développement ultérieur tendrait à la destruction de la propriété morcelée et de toute succession légitime.

Les républiques fortement constituées, fixées et qui veulent établir une égalité de fait entre tous les citoyens, ont pour principe fondamental la faveur des classes moyennes. Les démocraties modernes ou industrielles ou soumises à la prédominance de l'ordre intellectuel, mobiles, instables, contiennent en leur germe des institutions dont le complet développement serait une société universelle et la destruction de la nationalité. Les premières, pour maintenir autant que possible l'égalité des patrimoines, admettent les priviléges successoraux réstrictifs de la faculté de disposer, les secondes en sont naturellement ennemies. Le principe électif s'y développe au détriment du principe successoral. Tout ce qui fait obstacle au mouvement, à l'espèce d'oscillation incessante, à cette fluctuation constante des opinions et des existences dans lesquelles elles vivent, ne peut y prendre racine et y subsister.

40. Si de ces observations générales nous passons à l'examen de notre système d'hérédité français, il ne nous paraît exprimer aucun principe d'une manière prédominante. Il n'est point conservateur, encore bien qu'il prescrive une assez forte réserve, car cette réserve introduite dans l'intérêt personnel des enfans plutôt que dans celui de la conservation du patrimoine de la famille n'est pas l'indivision : elle n'est qu'une suite ou une continuation de l'obligation alimentaire et n'a par rapport aux enfans d'autre sens que celui de légitime. Ce qui le prouve, c'est que d'abord cette réserve n'existe qu'en faveur des enfans et des ascendans. Aucun autre parent, pas même les frères et sœurs, n'y a droit. Ce n'est donc pas la conservation du patrimoine. Ce qui le prouve encore, c'est que les ascendans y ont droit comme les descendans ; or, les ascendans ne conservent pas. Le principe de conservation ne fait jamais remonter les biens, à moins que ce ne soit pour les faire rentrer dans l'estoc d'où ils sont sortis. Propres ne remontent point, disait notre ancien droit français, si favorable à la conservation des patrimoines. D'ailleurs, à une époque où la propriété est devenue excessivement mobile et où chaque citoyen possède souvent la plus grande partie de sa fortune en meubles, les lois restrictives de la faculté de disposer sont illusoires. Enfin les priviléges qui reposent sur le principe de conservation, tels que les substitutions, le droit d'aînesse, la masculinité, etc., ont tous été également proscrits.

Notre réserve n'a donc point le caractère de conservation, mais le sens de légitime ou d'un accomplissement de l'obligation d'entretenir ou d'alimenter. La faculté de disposer qu'elle laisse n'appartient point à l'or-

dre intellectuel. Elle est trop restreinte et par la loi civile et par les mesures du gouvernement. Quant à l'égalité de partage qui fait naître l'obligation du rapport non seulement entre enfans, mais entre tous les cosuccessibles quels qu'ils soient, bien qu'elle se rattache à ces notions d'équité naturelle qui sont communes à toutes les législations, elle a plus particulièrement sa source dans le caractère germanique de notre famille. C'est par la même raison que la mère participe aussi complètement à la puissance paternelle et que tous les rapports de famille sont ceux d'une société. On peut donc dire que notre droit français actuel sur l'hérédité n'a aucun sens exclusif. Il n'est point la conservation, il n'est point la liberté. Son égalité de partage est d'origine germanique. Il n'exprime absolument rien autre chose qu'une espèce de naturalisme sans caractère et c'est aussi le sens de la plupart des lois modernes en tant qu'elles en ont un.

41. On essaya sous la restauration de réintroduire un élément de conservation dans notre législation successorale par la faculté des substitutions. Cette loi s'est trouvée en opposition directe avec l'esprit du siècle. Il en serait de même de tous les autres moyens que l'on pourrait prendre pour faire revivre l'esprit de famille.

La société est dans un état de transition. Ce passage s'effectue par l'ordre intellectuel. Ce n'est que par cette voie que l'on peut réédifier quelque chose, puisque tous les élémens d'un ordre social antérieur sont détruits et que tous les principes sont contestés et livrés au doute. La tendance de notre législation ne peut donc être que de se rapprocher des lois de l'ordre intellectuel vers lequel nous entraine incessamment le développement progressif des institutions électorales. L'esprit de

famille est directement contraire à l'ordre intellectuel, et quoique notre loi successorale actuelle qui, comme nous venons de le voir, n'a aucun sens systématique et certain, soit bonne en ce qu'elle exprime fidèlement notre position, néanmoins, si elle devait subir des modifications ultérieures, ce ne pourrait être que dans le sens de la liberté de disposer. Mais il n'est pas probable qu'elle en subisse d'importantes, même en ce sens, avant que l'ordre intellectuel ait pénétré la société et l'ait transformée complètement. Jusque-là elle se contentera de ce vague naturalisme dont on parle et qui lui suffit précisément parce qu'il n'a aucun esprit propre et qu'indifférent au mouvement social il n'excite pas de contradictions.

NOTES

DU SECOND CHAPITRE.

(1) C'est au reste le résultat que devait amener cette mobilité dans toutes les positions sociales qui semble être une des conditions de la prédominance de l'élément électif.

(2) « La réserve du code diffère de la légitime admise dans nos coutumes. La réserve du code a lieu pour les descendans et les ascendans, tandis qu'en pays coutumier, les descendans avaient seuls droit de légitime. Elle ne consiste pas non plus dans la même quotité. La légitime des enfans était ordinairement de moitié, et en pays de droit écrit quelquefois du tiers : la réserve du code varie selon le nombre des enfans. La légitime des ascendans admise en pays de droit écrit était du tiers, leur réserve suivant le code est de moitié.

Elle diffère de la falcidie qui n'avait lieu que sur les

legs. La réserve du code s'étend sur les donations entre vifs.

De la trébellianique qui n'était qu'une retenue accordée à l'héritier testamentaire sur l'hérédité que le testateur l'avait grevé de restituer.

La réserve du code diffère aussi des réserves coutumières :

Elle s'exerce sur toute espèce de biens sans distinction, tandis que les réserves coutumières n'avaient lieu que sur une espèce particulière de biens (sur les propres, et dans un petit nombre de coutumes dites de subrogation, à défaut de propres sur les acquêts, à défaut d'acquêts sur les meubles).

Elle n'a lieu qu'en faveur des descendans et des ascendans, tandis que les réserves coutumières avaient lieu en faveur des collatéraux même les plus éloignés.

Elle varie suivant le nombre et la qualité des héritiers, tandis que les réserves coutumières étaient toujours les mêmes, quels que fussent leur nombre et leur qualité.

Comme les réserves de la loi du 17 nivôse et du 4 germinal la réserve du code se calcule sur tous les biens sans distinction de propres ou d'acquêts, de meubles ou d'immeubles. Elle frappe toute disposition gratuite soit de dernière volonté soit entre vifs.

Elle diffère des mêmes réserves en ce qu'elle n'a pas lieu en faveur des collatéraux, en ce que leur qualité n'est pas la même à l'égard des enfans, la réserve de la loi du 17 nivôse était d'une part d'enfans respectivement aux autres enfans, des 9|10 à l'égard des étrangers. Celle de la loi du 4 germinal était au moins des 3|4. Elle devenait plus considérable si le défunt laissait quatre enfans ou un plus grand nombre. L'article 913 la fixe à la moitié, au tiers, aux trois quarts suivant le nombre des enfans, de manière qu'elle n'excède jamais cette dernière quotité. »

(3) « Nomine hergewatæ venit hereditas legalis rerum expeditoriarum seu instrumentorum et suppellectilis expeditionis militaris quam jure germanico proximi agnati loco præcipui ex defuncti hereditate capiunt. Res

expeditoriæ sunt gladius cum validiori equo sellato et meliora arma quæ tempore mortis possidet ad unum hominem spectantia. Cassinus cum lectulo, linteamen cum mensali uno, duæ pelves cum manutergio. »

L'hergewate appartenait aux seuls agnats. S'il y en avait plusieurs au même degré, le plus âgé avait le sabre, chacun recevait une part dans les autres objets.

A une époque plus reculée, le fils le plus brave à la guerre et non pas l'aîné, prenait le cheval. A défaut d'agnats, l'hergewate ne passait pas aux cognats, mais elle était attribuée au magistrat supérieur.

Comme l'hergewate la gerade se prend par préciput. Elle ne se rapporte pas à l'hérédité, mais elle en est déduite. Elle n'entre pas en compte pour calculer la réserve, mais elle doit s'imputer sur son paiement.

« Communiter per geradam intelliguntur bona ustensilia. Sed cùm variæ dentur geradæ species, ad duas classes commodè referuntur geradam scilicet cognatarum et conjugum. Cognatarum gerada est hereditas legalis rerum mobilium ad usum et ornatùm muliebrem pertinentia quas feminæ saxonicæ ex defunctæ suæ cognatæ bonis loco præcipui capiunt.

» Gerada uxoris ad duas classes posse revocari, unam quæ continet ustensilia (les meubles), alteram quæ comprehendit vestes, ornamenta et apparatum muliebrem. »

(4) Le droit de propriété non plein ou imparfait et qui est divisé de telle manière que les facultés diverses dont l'ensemble constitue la propriété se trouvent réparties entre des personnes différentes, peut exister et se maintenir avec une grande inégalité dans les fortunes. L'histoire en offre de nombreux exemples. Il semble qu'il en soit autrement de la propriété morcelée et absolue telle que nous la connaissons. Ce n'est que sous la condition de nombreux priviléges successoraux qu'elle peut se conserver sous cette forme. A leur défaut elle produit et exige impérieusement de temps à autre des retours artificiels et brusques à l'égalité de partage primitif des terres, soit que ces retours aient une sorte de

régularité comme le jubilé et l'année sabbatique chez les Juifs, soit qu'ils prennent un caractère d'insurrection et de violence ouverte, comme la proclamation des lois agraires dans les républiques, chez les modernes les révolutions, les banqueroutes nationales. L'existence du privilége successoral est donc nécessaire à la conservation de l'égalité de biens primitive devenue plus tard la raison d'état. Mais il faut y prendre garde, l'inégalité des patrimoines n'est ni incompatible avec la liberté ni contraire à l'esprit des républiques si elles sont mobiles et que, comme dans une démocratie élective par exemple, cette mobilité soit elle-même soumise à la raison publique légalement constatée. D'un autre côté, l'industrialisme est la position prise par les sociétés modernes qui sont ou veulent être de grandes républiques industrielles. La mobilité des fortunes est le résultat et la condition de la prospérité industrielle et commerciale. Ce que veut l'industrie, ce n'est pas une propriété foncière stable et privilégiée, mais des capitaux ou des terres à faire valoir et à administrer *Nutzungen*. L'on est donc ramené ici à une transformation hypothétique de la propriété pressentie par les doctrines saint-simoniennes et justifiée d'une manière si prodigieuse par les théories de l'école sociétaire qui, quoi qu'on en puisse dire et quelque forme que l'on donne à leurs principes fondamentaux, répondent incontestablement à un besoin réel de notre époque.

(5) « Toute république, dit M. Haller, page 509, n'est qu'un grand fidéicommis, c'est-à-dire un bien confié à la génération présente pour l'administration et la jouissance, mais qui doit être conservé à nos descendans, et telle est la nature de toutes les propriétés qui appartiennent à de grands corps. La simple possibilité de fonder de semblables substitutions donne un véritable attrait à l'acquisition et à l'économie, produit les nobles sentimens et bannit l'égoïsme. Dès qu'elles ne sont pas permises à quelques individus ou familles seulement, mais à tous, elles ne sont point un privilége injuste et la proportion est rétablie par la concession faite

à tous les citoyens sans distinction de cette liberté. L'amour des pères corrigera de soi-même ses inconvéniens possibles, et enfin le but vers lequel on doit tendre dans une république n'est pas l'égalité de misère, mais autant que possible celle de bien-être. Aussi les substitutions fidéicommissaires ont subsisté dans nombre de républiques anciennes sans qu'on en ait ressenti le moindre désavantage. Elles furent permises à Venise, à Gênes, dans les provinces unies et dans l'ancienne Florence, même introduites en faveur du commerce. A Berne elles furent autorisées pendant près de six siècles et cependant la république florissait alors plus qu'elle n'a fait depuis. Lorsqu'en 1771 l'influence des principes économiques eut limité à deux degrés successifs ces sortes de substitutions, les propriétaires fonciers primitifs, principalement ceux de familles patriciennes, furent contraints par le poids des dettes héréditaires ou par l'incommodité d'une possession commune et engagés par l'appât d'un gain illusoire à aliéner plusieurs centaines de magnifiques biens fonds, ce qui rendit peu à peu la classe dominante étrangère aux différens districts du pays et la leur fit paraître telle. A Fribourg, en Suisse, les substitutions illimitées subsistent encore aujourd'hui. Dans plusieurs autres cantons l'approbation de la magistrature est seule nécessaire pour leur admission et même les nouvelles lois héréditaires du canton de Thurgaw qui ne subsiste que depuis 1802, les ont expressément permises ou plutôt confirmées, sous cette seule modification qu'un bien fonds substitué puisse bien être vendu, mais que le prix en soit déposé pour demeurer substitué selon la volonté du testateur (mode de substitution remarquable qui concilie l'avantage personnel de la conservation des biens substitués avec la faveur des transactions commerciales et la mobilité de la propriété). Enfin l'on sait que, conformément à l'ancienne constitution anglaise, la liberté de disposer la plus absolue existe dans la plupart des états libres de l'Amérique du Nord, et que même, au défaut de testament le droit d'aînesse y est admis. Ce dernier droit, quelque convenable qu'il puisse être dans les monarchies, ne nous paraît pas bon dans les républiques; mais les substitutions libres ont peu ou point d'inconvéniens et

ne peuvent que difficilement s'accroître au-delà de certaines limites par cette raison surtout qu'un tel usufruitier n'agrandit pas ordinairement le fonds de la substitution. Les partages égaux, en tant du moins que le père n'a pas autrement disposé, la fixation de certaines légitimes pour les enfans posthumes, la faveur accordée au mariage, la prohibition des alliances entre trop proches parens, sont des moyens suffisans pour produire dans les républiques une certaine mesure de fortune privée, etc. »

Ce passage, précieux pour le grand nombre de données historiques qu'il réunit, met dans tout son jour la pensée de M. Haller et fait voir qu'il entend toujours parler des républiques qui reposent sur une égalité de fait entre tous les citoyens ou dont le but est de réaliser par des moyens indirects plus ou moins rigoureux cette égalité de fait.

CHAPITRE III.

De la Faculté de disposer.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

42. *Dans l'ordre des idées et des faits, la propriété morcelée dérive de la division du genre humain en diverses nations.*

43. *Le partage des terres plus ou moins explicite est le premier rudiment de l'état civil. Exemples. Importance de ce moment historique.*

44. *Au partage des terres succèdent les priviléges successoraux conservateurs de ce partage. Deux positions contraires de la société, limites entre lesquelles se meut la faculté de disposer.*

45. *Il n'existe que deux moyens d'éviter les funestes effets de la cumulation des richesses. Restrictions à la faculté de disposer conservatrices des patrimoines. Mobilité des positions sociales et de l'état public. Objet et division de ce chapitre.*

42. Dans l'ordre logique des idées, la propriété dérive du partage. Si le genre humain ne faisait qu'une seule famille, s'il n'avait pas été scindé en divers peuples, l'ordre intellectuel dans toute sa pureté ferait du monde entier une grande société dans laquelle l'usage seul des terres et des choses utiles à l'homme s'individualiserait par le besoin de chacun et en raison de ce besoin. Il en est de même dans l'ordre des faits. Ce n'est qu'après la dispersion des peuples, lorsque leur émigration étant achevée ils viennent à se fixer sur le terrain de leur établissement, que le besoin de partager ce territoire entre les diverses familles qui composent les cantons et les peuples se fait sentir, et que cesse l'état de communauté primitive dont les traces sont visibles dans les associations de marches (*Markgenossenschaften*), dans les garanties mutuelles et dans toutes les institutions primitives des peuples qui sortent de l'état de migration.

43. C'est à ce moment que naît l'état civil; le partage des terres est son premier rudiment. On l'observe à l'origine de tous les grands peuples. Chez les Juifs, Josué

partage la terre promise entre les tribus. En Egypte, elle se divise par classes entre les différens ordres de l'état. En Grèce, chez les Spartiates, le territoire est partagé en 9,000 parts. Une portion considérable est réservée aux familles futures. Un partage territorial eut également lieu chez les Romains. Montesquieu a démontré que la loi des Douze-Tables et l'ancien droit successoral eurent pour principe la nécessité de maintenir les effets de ce partage. Les *secessions* du peuple, ses réclamations les plus vives eurent ordinairement pour cause ou pour prétexte la proclamation de la loi agraire. A la chute de l'empire romain, les peuples barbares se partagèrent les terres des vaincus. La loi de ce partage et la proportion selon laquelle se fit la division des terres entre les vaincus et les vainqueurs, est l'expression matérielle du mode selon lequel se combinèrent la société barbare et la société conquise. C'est un des points les plus importans de l'étude des temps barbares.

44. Au partage des terres succèdent les priviléges héréditaires conservateurs de ce partage. La propriété, en effet, tend de sa nature à se réunir dans un petit nombre de mains, et en s'y fixant elle ferait naître aussitôt une dure oligarchie, le plus terrible des gouvernemens. Il n'existe, par la nature des choses, que deux moyens d'y échapper : l'un, qui a été jusqu'ici l'objet constant des efforts de toutes les législations, est de conserver les effets de ce partage primitif, de maintenir autant que possible le patrimoine des familles, d'empêcher que par des libéralités excessives ces patrimoines ne se mêlent, ne se cumulent sur une seule tête et ne laissent qu'un ou quelques individus à la place des fa-

milles qui, spoliées de leurs fortunes, ne tarderaient pas à s'éteindre. L'autre qui admettrait la liberté de disposer la plus illimitée appartient à un autre état de société, à celui dans lequel l'instabilité des fortunes, la mobilité de l'état public empêchent que les propriétés ne se fixent dans un petit nombre de mains, et où cette mobilité, en donnant à tous accès à la participation du bien-être social, devient une sorte de compensation de l'égalité de fait dont l'impossibilité est reconnue. La liberté absolue de disposer et l'absence de toute loi successorale, qui sont le terme extrême d'un semblable état n'appartiennent même qu'à l'ordre intellectuel pur, dans lequel la propriété et le droit privé s'évanouissent. Toute législation successorale régulatrice de la faculté de disposer se meut entre ces deux limites : conservation du partage primitif et des divisions patrimoniales qui s'en sont suivies, à l'aide de tous les moyens rigoureux et privilégiaires conservateurs des patrimoines ; faculté de disposer d'autant plus illimitée, que l'intellectuel devenu plus prédominant exprime mieux l'état moral de la société dans toutes les institutions civiles, que la volonté sociale, secouant le joug du droit proprement dit, se révèle plus fidèlement et plus complètement dans l'ordre hiérarchique de ses préférences, et que par une transformation de la propriété, elle s'affranchit des entraves du fait qui résiste au libre développement des institutions électorales.

45. En un mot, la propriété ayant par la nature des choses une force incessante de concentration, il n'existe que deux moyens d'éviter l'état oligarchique auquel elle conduit. — Règles conservatrices du partage primitif ou maintien des patrimoines des familles, c'est

le mode qui a été employé jusqu'ici. Quand cette conservation des patrimoines n'a plus été respectée et que l'on s'est trop écarté des résultats du partage primitif, en d'autres termes, aux époques où par la cumulation des richesses un nombre considérable de familles s'est vu réduit à l'indigence, ou encore quand l'état matériel d'une société s'est trouvé en opposition flagrante avec son état moral, les révolutions sont survenues qui réclament les lois agraires et le retour à l'égalité. Alors les règles restrictives qui à leur origine n'avaient pour objet que de conserver les patrimoines des familles dans une juste égalité relative ont paru odieuses, parce que cette égalité ayant été intervertie et ayant fait place à l'inégalité des fortunes, ces règles conservatrices ne maintenaient plus que cette inégalité. Liberté de disposer calculée sur le mouvement moral et matériel qui entraîne les sociétés, ou tellement combinée avec le principe de conservation que les familles subsistantes gardent, autant que possible, leur position présente et que celles qui surgissent ne soient pas exclues d'une équitable participation au bien-être social. Liberté de disposer graduée en raison du mouvement industriel, de l'accroissement des subsistances, de la prédominance de l'intellectuel qui, devenu le maître, refoule l'élément conservateur de la propriété pour accroître l'énergie de son principe de transmissibilité. Dans la propriété comme dans le pouvoir il n'existe que ces deux moyens d'éviter le servage et la dépopulation, compagne de l'indigence. Avec la fixité, les lois restrictives et par conséquent contraires à la liberté de disposer sont nécessaires, avec la liberté de disposer illimitée, la mobilité des fortunes et l'instabilité de

l'état social sont également nécessaires. Le premier de ces moyens a seul été appliqué avec plus ou moins de fermeté et de rigueur jusqu'aux temps modernes. Le second est encore un problême; sa solution suppose une transformation de la propriété tellement complète, que personne ne pourrait dire si ou plutôt jusqu'à quel point un pareil état social est réalisable. Nous nous bornerons donc à exposer l'historique du premier moyen : ce sera l'objet d'une première section ; dans une seconde nous rechercherons quels sont les divers élémens du droit ou de la faculté de disposer, leur nature respective, leurs tendances, et les lois selon lesquelles ils se combinent et s'unissent.

PREMIÈRE SECTION.

Historique des règles restrictives de la faculté de disposer.

SOMMAIRE.

46. *La nécessité de mettre obstacle à la cumulation des richesses a été jusqu'à faire modifier chez certains peuples l'idée même de propriété et à altérer sa nature. Exemple chez les Juifs.*

47. *Dans un état de société fixé, la transmission des patrimoines doit être réglée sévèrement. Graduations et nuances dans l'inaliénabilité dont la loi frappe les différentes espèces de biens selon leur importance.*

48. *Raison de la loi Voconia et des dispositions coutumières prohibitives de la faculté de disposer en ce qui concerne les femmes. L'interdiction de disposer entre époux se rattache à d'autres considérations.*

49. *Raison du droit d'aînesse et renvoi pour son analyse au chapitre premier. Citation de d'Argentré qui justifie notre théorie.*

50. *Sévérité avec laquelle se règle la transmission de la couronne. Régulièrement l'adoption, la légitimation ni le testament ne font des héritiers du trône.*

51. *La transmission des patrimoines est simultanément soumise à plusieurs lois d'ordres différens. Partage des patrimoines, partage entre les familles du patrimoine de l'état. Partage du monde entre les nations.*

52. *Nécessité d'étudier l'historique des institutions civiles par analyse et synthèse.*

53. *Tableau succinct des principaux changemens de la législation romaine dans leur ensemble. Première époque.*

54. *Deuxième époque.*

55. *Troisième époque.*

56. *Décadence du droit romain, depuis Constantin.*

57. *Loi constante de relation entre le pouvoir public et le pouvoir domestique.*

58. *Comment cette loi se trouve modifiée dans les démocraties industrielles.*

59. *Nouvel aspect que présente la législation à la renaissance du droit romain. Résumé des principales institutions qui se produisent alors.*

60. *Esprit conservateur de notre ancien droit coutumier. Etablissemens de Saint-Louis.*

61. *Série par ordre chronologique des lois de la révolution sur la constitution de la famille.*

62. *Retour au principe de conservation. Le code civil a emprunté à tous les systèmes.*

46. La propriété prise dans un sens absolu, tend si naturellement à cette concentration oppressive et désastreuse qui n'a de remède que dans un retour violent et terrible à l'égalité primitive, que les sociétés les plus fortement constituées ont modifié l'idée même de propriété comme pour échapper à ces commotions violentes, et se sont fait une propriété limitée et incomplète d'une nature particulière.

Chez les Juifs, par exemple, l'année sabbatique, l'année jubilaire soumettaient la propriété à des retours périodiques qui, par le fait, anéantissaient le droit de disposer et suspendaient celui de jouir. Le droit de disposer, élément essentiel de la propriété, le plus essentiel de ceux qui constituent la propriété industrielle, celle des temps modernes, n'existait qu'à l'égard des fruits. Tous les cinquante ans les aliénations étaient résolues et le patrimoine des familles réintégré. Dans d'autres sociétés, ç'a été le droit de jouir qui a été anéanti dans la main d'une portion considérable de propriétaires. Tel est l'effet de toutes les modifications de la propriété dans lesquelles les superficies sont détachées du fonds, comme les fiefs, les emphythéoses, le domaine géable, et toutes les institutions dans lesquelles le droit de disposer demeure seul au propriétaire primitif avec

quelques droits de jouissance qu'il se réserve en signe de la prééminence de son domaine; cette combinaison, sans anéantir complètement, ainsi que le faisait la propriété juive, un droit essentiel à l'idée de propriété, sépare seulement et répartit entre différentes personnes les différens droits qui la composent. Le colon obtient une grande liberté d'exploitation, cette aisance, cette dignité que procure à l'homme la jouissance légitime et garantie de sa propre chose, et le pouvoir acquiert une grande force, d'une part par la possession de territoires considérables dont il conserve le domaine éminent, de l'autre par la réservation de cette portion de la jouissance qui est nécessaire pour faire reconnaître son domaine et satisfaire aux besoins de la position qu'il occupe.

47. « Partout où il se trouve une place où deux personnes peuvent vivre commodément, il se fait un mariage, dit Montesquieu. » La certitude des subsistances qui donne naissance à la famille est aussi la condition naturelle de son développement. Les subsistances sont assurées à la famille par la conservation de son patrimoine. Quand le patrimoine diminue par une conséquence nécessaire de la législation en vigueur, la famille dépérit, elle finit par s'éteindre, la population décroît. S'il ne survient un accroissement de subsistances équivalant à la quantité dont la loi civile diminue les patrimoines en autorisant leur dispersion par l'absence de règles conservatrices, on marche infailliblement vers quelque catastrophe politique. Une crise sociale devient inévitable. Alors l'instabilité des richesses vient réparer leur trop inégale répartition. Il est donc nécessaire que, dans un état de société fixé, de sévères

précautions règlent la transmission des patrimoines sous leur égide l'esprit de famille se forme ou se fortifie; une sorte de solidarité s'établit entre tous ses membres; les mœurs s'épurent ; l'esprit de réserve , les idées d'honneur, de considération, acquièrent plus d'empire et la société tout entière voit affermir sa prospérité.

La faculté de disposer est donc un objet de la dernière importance et qui mérite toute l'attention du législateur. La loi ne se borne pas à déterminer quels biens seront frappés d'inaliénabilité, elle fixe aussi le degré de rigueur avec lequel cette inaliénabilité sera prescrite. Elle établit des privilèges et des prohibitions de différentes sortes et ménage différentes gradations dans chacun d'eux.

Plus les biens tiennent à de hautes influences, et ils sont essentiels à la conservation de l'état ou des ordres qui le constituent, plus les règles qui en empêchent la libre disposition sont rigoureuses. C'est ainsi qu'en France le trône n'est devenu puissant et n'est parvenu à se débarrasser de la tutelle des grands seigneurs que depuis l'abolition du partage égal entre tous les enfans du monarque. C'est encore l'inaliénabilité de leurs biens qui, dans l'ancien régime, avait procuré au clergé, aux communautés et aux corporations religieuses tant de puissance et de richesses. La distinction des propres et des acquêts et leur transmission rigoureuse à la ligne et à l'estoc dont ils étaient venus, la prohibition d'en disposer par testamens et dans certaines coutumes même par donation entre vifs; la maxime *propres ne remontent point*, les retraits, n'étaient qu'une inaliénabilité plus ou moins absolue. Certaines coutumes avaient porté la prudence jusqu'à exiger pour disposer des pro

pres un âge plus avancé que pour disposer des meubles et des acquêts. Telles furent les coutumes de Paris, d'Orléans, d'Auxerre, de Poitou.

48. Les femmes font passer dans une autre famille la portion du patrimoine qui leur est dévolue. D'ailleurs l'instabilité de caractère naturelle à leur sexe ne laisse pas attendre d'elles dans la disposition de leurs biens cet esprit de prévoyance et de réserve conservateur des familles. De là les dispositions légales portées soit pour interdire aux femmes la faculté de disposer, soit pour empêcher qu'elles ne fussent l'objet passif de libéralités étrangères. Tel a été l'objet de la loi Voconia et celui de plusieurs dispositions de nos coutumes qui ne leur permettaient de tester qu'avec l'autorisation de leurs maris.

L'interdiction de la faculté de disposer entre époux vient d'une autre source, cette prohibition repose sur des considérations toutes morales. C'est, dit un auteur coutumier, pour « conserver l'honneur du mariage, le rendre absolument désintéressé et empêcher que les conjoints par un trop grand amour ne se dépouillent de leurs biens en faveur l'un de l'autre ou que le plus fort n'abuse de son autorité pour obtenir des gratifications arrachées par la crainte. »

49. C'est encore dans la nécessité de la conservation des patrimoines qu'il faut chercher la raison du droit d'aînesse dont nous avons, dans un chapitre précédent, exposé la nature.

« Il n'y a demande mieux fondée ni plus raisonnable que du frère demandant partage au frère de mêmes sang et maisons entre lesquels les lois ne souffraient nulle inégalité, comme nous avons dit ailleurs. La cou-

tume ordonne de la forme de la poursuivre et veut que l'aîné soit saisi comme rentrant au lieu du père commun pour la protection de la famille et maison. L'aîné se rend dur, revêche, ferme les oreilles et n'entre en l'affection du père comme aux biens, et se sert de la rigueur de la coutume, comme ils disent, à la judaïque, et écoute assis et du foyer celui qui demande son pain à la porte, ni la coutume ni les lois n'ont attendu cette intention de l'aîné, et toutefois *æquitatem desiderii dubitatio juris moratur*; car il est ainsi écrit l'aîné doit être saisi, le puîné est dehors et ne possède rien *nec in genere nec in specie*. Car puisque l'aîné est saisi par la coutume, il est possesseur et il est impossible par là que le puîné le soit, car deux ne peuvent être possesseurs *in solidum* de même chose, dit le texte, l. 3, §. *extraordinario*, *ff. ac acq. posses.*, et aussi qu'il y a une théorique de droit qui dit que *pars incerta ratione loci et quotæ non potest possideri.* »

D'Argentré, qui décrit en ces termes énergiques la dureté du droit d'aînesse, reconnaît cependant sa conformité aux principes de l'ordre de civilisation dans lequel il vivait. L'aîné étant saisi par la coutume, il ne peut y avoir deux possesseurs *in solidum* d'une même chose. Le patrimoine était donc *une même chose* par rapport à tous les héritiers, ou une chose indivisible.

50. Chez les peuples qui donnent la prééminence aux liens du sang dans la transmission des biens, et où la faculté testamentaire n'est pas la règle et la succession légitime l'exception comme cela avait lieu à Rome, l'adoption est une institution fausse ou au moins toute exceptionnelle. L'adoption est de même nature que l'institution d'héritier. C'est toujours la création toute

artificielle d'une famille sans aucun des rapports naturels qui la fondent et souvent au mépris de ces rapports naturels en vertu d'une puissance législative exorbitante accordée à l'individu. Les peuples germaniques ne l'ont pas connue, le christianisme a achevé de la détruire en donnant en récompense plus d'étendue à la légitimation.

La loi de conservation dont la sévérité croît en raison de l'importance des biens ne permet pas d'appliquer ces institutions à la transmission des couronnes ni des biens de l'état. Si, dans les classes inférieures de la société il peut être permis de déroger à la rigueur des principes, et de sacrifier quelquefois les règles d'ordre public et d'intérêt général à la volonté et aux passions des individus, on, comme on le dit poétiquement, à la voix de la nature, il ne saurait en être ainsi sur le trône. Les rois sont des personnes dévouées, consacrées corps et biens au service de la nation; ils doivent sévèrement s'interdire tout ce qui blesse ses intérêts. En général ni l'adoption ni la légitimation ne peuvent faire des rois pas plus que l'élection testamentaire ne fait régulièrement des héritiers du trône.

51. La propriété patrimoniale est toujours simultanément soumise dans sa transmission à des lois d'ordres différens, qui peuvent avoir respectivement des tendances contraires. La loi de la nature ou l'égalité naturelle qui, dans la transmission successorale, n'est que l'obligation de conserver l'être auquel on a donné la vie, combinée avec le principe neutre de l'absence de raisons de préférence, est contrariée par la loi d'intérêt public qui exige la conservation du patrimoine des familles. Celle-ci est subordonnée elle-même à la néces-

sité de la conservation du patrimoine de l'état qui, par rapport à la grande famille humaine, doit garder ses bornes naturelles et n'être ni morcelé ni envahissant. Ainsi la lésion de la loi successorale renverse ou tend à renverser toute la hiérarchie sociale. La législation civile doit accorder à la personnalité toute l'étendue de droits dont la conservation du patrimoine des familles ne réclame pas le sacrifice; la loi politique doit établir entre les patrimoines des familles toute l'égalité compatible avec la conservation de l'état. Si ces limites sont dépassées dans l'un ou l'autre sens, soit que les inégalités sociales soient trop destructives de l'égalité naturelle, soit que cette égalité rompe l'équilibre et renverse violemment les règles conservatrices des patrimoines, il se fait une commotion politique ou une révolution dont les résultats sociaux sont précisément la correction ou l'inverse du vice qui lui a donné lieu. L'instabilité s'introduit dans les fortunes comme pour venger de l'égalité violée, l'envahissement dans les rapports extérieurs de nation à nation comme un dédommagement aux spoliations iniques et une ressource hasardeuse aux ruines des patrimoines privés. — Partage du patrimoine des familles.—Partage entre les familles du patrimoine national.—Partage du monde entre les nations, trois grands faits sociaux qui se répondent et se coordonnent, et dont la liaison, pour n'être pas toujours immédiate et sensible, n'en est pas moins intime et certaine; trois faits qui ont leur source et leur raison première dans la dispersion des peuples ou le fractionnement du genre humain, et qui seront soumis à une loi de nécessité plus ou moins violatrice de l'égalité naturelle aussi longtemps que durera ce fractionnement en divers peuples.

Mais reconnaissons aussi qu'à mesure que les limites qui séparent les peuples s'abaissent et s'effacent, à mesure que la reconnaissance générale de certains principes communs qui sont le fond de toutes les constitutions modernes, réunit l'humanité dans une même foi politique, cette loi de répartition des biens d'où dépend la nature de la propriété, doit devenir moins absolue et moins contraire à l'égalité et à la liberté naturelles. La propriété semble marcher alors vers une transformation hypothétique qui n'appartient qu'à l'ordre intellectuel pur, ou à l'idéal d'une société universelle dont la réalisation détruirait tout ordre successoral comme tout droit privé.

52. Nous sommes donc ramenés à rechercher dans l'histoire l'esprit des institutions juridiques et les divers élémens dont se compose le droit. En vertu de l'enchaînement intime qui lie le développement phénoménal des idées et par suite des faits historiques, ce qui sera ne peut être que la continuation de ce qui est ou sa transformation, et ce qui est, réduit à ses élémens les plus simples, n'est lui-même que la continuation ou la transformation de ce qui a été. Il n'existe donc pas d'autre moyen de découvrir et de deviner ce qui sera que de rechercher ces élémens les plus simples et la loi de leur développement. Or, ces élémens les plus simples sont le fond des institutions passées et présentes, quand on fait abstraction de leurs transformations successives. On parvient à les trouver en recherchant ce qui y demeure constamment et d'une manière essentielle. La loi de leur développement est cachée sous leur historique; on la découvre en généralisant les faits semblables ou analogues que reproduit périodiquement leur nature. C'est donc par un double travail de l'intel-

ligence que l'on peut pressentir la direction que doivent prendre les institutions civiles à une époque donnée, un travail d'abstraction ou d'analyse par lequel on dégage l'élément de sa forme et la loi du fait qui la recouvre, un travail de généralisation ou de synthèse par lequel on éternise l'élément et on généralise la loi. Le résultat de cet effort de création ne peut être qu'un élément éternel ou un principe, et un fait général ou une loi. Si les rapports perçus à l'aide de ce procédé sont vrais, ils sont nécessairement éternels et universels; ils appartiennent à l'ordre intellectuel lui-même.

53. Chez les Romains, la loi des Douze-Tables fit marcher de pair le droit privé et le droit public; l'un n'était point subordonné à l'autre. La société n'en était encore qu'à l'état de famille. *Dicat testator et erit lex : uti pater legassit super pecuniâ tutelâ ve rei suæ ita jus esto*, c'est le despotisme familial. Dans une société avancée en civilisation le droit privé est au contraire subordonné au droit public : ce sont deux ordres de choses tout à fait distincts. Le droit public acquiert une sorte d'inviolabilité, le pouvoir domestique se règle et se restreint.

54. Dans la seconde époque qui s'étend jusqu'à Cicéron, des millions d'hommes avec la civilisation grecque sont réunis à l'empire romain. La distinction entre les patriciens et les plébéiens s'efface, la législation s'accroît plus par les édits des magistrats et les réponses des jurisconsultes (*jus non scriptum*) que par les plébiscites et les sénatusconsultes. Alors relâchement dans le pouvoir domestique. Le pouvoir public s'élève et son organisation acquiert plus de stabilité. Différens degrés ou conditions se forment entre les esclaves et les hommes libres, entre les citoyens et les étrangers, le ma-

riage subsiste sans la *conventio in manum*. Le pouvoir paternel cesse du vivant du père sans que l'enfant passe sous la puissance d'un autre père de famille.

Le droit et les institutions civiles se diversifient et se développent. Division des droits (usufruit et servitudes). Nécessité de la dot, adoucissement de l'ancienne hérédité par les possessions de biens qui sont de droit nouveau. La faculté de s'abstenir est accordée à l'héritier sien. Nécessité de causes légitimes pour l'exhérédation. Choses *mancipi et nec mancipi*. Prescription.

Il devient dès ici manifeste qu'à mesure que le pouvoir public s'élève et s'affermit, le pouvoir domestique devient moins despotique. La famille prend une assiette plus stable et des formes moins arbitraires. La restriction de la faculté testamentaire et les privilégés successoraux la conservent et la perpétuent. Nous verrons cette observation se justifier de plus en plus.

Les contrats verbaux ou écrits, *stipulatione et litteris*, sans tradition ni mancipation, deviennent plus fréquens. La force de la possession est reconnue et sanctionnée par les interdits. Les actions possessoires acquièrent une grande importance. Epoque remarquable dans l'histoire des législations; c'est un pas bien marqué vers l'ordre légal.

55. Troisième époque jusqu'à Justinien. Le progrès continue, le droit public domine de plus en plus le droit privé. Jurisconsultes de la plus haute distinction. Obligations et hypothèques. Prévisions législatives en faveur des mineurs. Inaliénabilité du fonds dotal. Loi Falcidia. *Aquiliana stipulatio*. La *Conventio in manum* de la femme devient plus rare. Adoucissement très-

prononcé de la puissance du maître et de celle du père. Cessation de la tutelle des femmes, etc. Lois en faveur des mariages et de la fécondité.

56. Depuis Constantin, la législation romaine perd son ancien caractère et décroit jusqu'au sixième siècle où la confection des codes vient attester l'ignorance et la décadence générale de la jurisprudence et des lettres.

A cette époque la législation accorde aux affranchissemens la plus grande faveur. L'adoption est remplacée par la légitimation. Il n'est plus question de *manus* et *mancipium*. La propriété et le pouvoir paternel changent de nature. La tutelle des femmes disparaît. On ne fait plus de lois contre le célibat.

Prescription *longi temporis*. Division des droits de propriété. Faveur de la dot à laquelle devait toujours se joindre la donation *propter nuptias;* ainsi faveur des mariages fondés sur l'association des intérêts. Importance et forme des codicilles. La légitime prend plus d'extension et ne peut être enlevée que pour certaines causes. La différence du sexe, de l'agnation, etc., disparaît dans les successions. On n'entre plus dans l'universalité des biens d'un homme vivant. Les actions naissent de simples conventions, même des donations. L'écriture s'emploie plus fréquemment. Emphythéose, prescription trentenaire de toutes les actions. Dans la procédure contre les insolvables, on observe un grand nombre de préférences.

57. Ce tableau rapide de la législation romaine laisse voir par son ensemble de quelle manière les institutions civiles s'affilient et s'enchaînent et la marche qu'elles suivent dans leurs transformations successives. On pourrait, en les considérant sous divers points de

vue, essayer de formuler plusieurs lois de ce développement; nous nous arrêterons ici à une seule.

Il existe un rapport constant entre la constitution du pouvoir public et la position qu'occupent le pouvoir domestique et la famille. A mesure que la puissance publique s'élève, qu'elle acquiert plus de force et de stabilité, le pouvoir domestique devient moins despotique, est mieux réglé et les droits de la famille sont mieux assurés contre ses écarts (1).

58. Cette loi que nous avons déjà énoncée ailleurs et sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, ne doit cependant pas être acceptée dans un sens trop absolu. On doit tenir compté, pour l'entendre sainement, des circonstances ou élémens d'une autre nature qui peuvent la modifier et sans lesquels on ne saurait expliquer certains résultats qui lui paraissent contraires.

Le commerce relâche les biens de la famille par l'instabilité des fortunes, la fréquence des déplacemens et la dispersion des membres qui la composent et par d'autres causes encore; mais surtout parce qu'il procure aux individus de l'un et de l'autre sexe à peine sortis de l'adolescence la facilité de se créer une industrie personnelle et de subsister indépendamment du patrimoine de la famille. Le pouvoir paternel de même que tous les droits personnels en général, *jus personæ in personam*, ayant pour fondement et pour mesure leur nécessité, ou le besoin qu'en ont les faibles, il cesse d'exister, sinon d'une manière absolue, au moins dans ses effets les plus essentiels, dès que les enfans se forment une économie séparée et se suffisent à eux-mêmes. L'Angleterre, pays éminemment industriel, en offre un exemple frappant. L'enfant y sort de la puissance pa-

ternelle dès qu'il peut pourvoir à son entretien et il devient le maître de sa personne. En même temps le père jouit de la faculté de tester, la plus illimitée et la plus libre disposition de ses biens (2). A Rome, au contraire, l'émancipation était nécessaire, à quelque âge que ce fût, pour faire cesser cette puissance, et l'on n'y connut jamais d'émancipation tacite. Dans le moyen-âge ce fut la création des communes tout industrielles à la différence des républiques anciennes qui fit admettre aussi l'expiration du pouvoir paternel du vivant du père par l'acquisition d'une industrie séparée.

Ainsi donc si dans les républiques agricoles le pouvoir domestique acquiert plus de force à mesure que le pouvoir public s'affaiblit et se partage, cela n'est pas vrai des républiques industrielles où le commerce rompt tous les liens moraux, dérange la marche naturelle des idées et des habitudes des peuples, et paralyse souvent les conséquences les plus immédiates des principes fondamentaux de l'ordre social. Le commerce associe les intérêts matériels, mais il individualise et oppose tous les rapports moraux.

Or les sociétés modernes tendent à devenir de grandes démocraties industrielles. La législation qu'elles expriment, tout en affaiblissant le pouvoir public par la prédominance des idées de liberté et d'égalité ne pourra donc se venger en quelque sorte sur la famille. En d'autres termes, l'affaiblissement, la dispersion du pouvoir public n'aura pas dans le pouvoir domestique la compensation qui tendrait naturellement à s'y établir sans cette circonstance.

59. Après l'invasion des peuples barbares et l'établissement du christianisme, le droit romain renaît en su-

bissant des modifications et des transformations nouvelles. C'est toujours le droit romain, il s'était conservé pendant l'époque barbare; mais il se plie à une autre organisation sociale.

Dans notre civilisation, le côté moral de la famille se développe beaucoup plus complètement que chez les anciens peuples. La communauté entre époux, les institutions contractuelles se produisent. Le testament prend un autre caractère; au lieu d'être comme dans le principe essentiellement une institution d'héritier, la présence de l'exécuteur testamentaire atteste qu'il n'est plus qu'un simple acte de bienfaisance. On voit se former une foule de droits et d'institutions nouvelles. Les règles sur l'absence, matière très-imparfaitement traitée dans le droit romain et presque de création moderne, la lésion d'outre moitié, la prohibition des contrats usuraires.

Fiefs, noblesse et privilèges successoraux. Division du domaine utile et direct. Règles particulières aux immeubles patrimoniaux. Droit de retrait. Indivisibilité et inaliénabilité du patrimoine de la famille. Ministère public. Emploi plus fréquent de l'écriture. Actions pour le prêt à intérêts. Contrats de change et d'assurances. Importance de l'état civil. Recherches de paternité. Tenue des registres. Adoucissement de la puissance paternelle. Ses droits coërcitifs sont transmis au pouvoir public et exercés au moyen de lettres de cachet. Fréquentes assemblées de parens. Sommations respectueuses pour le mariage.

La distinction des biens en meubles et immeubles, acquêts et conquêts paternels et maternels, est rendue plus importante. Rentes perpétuelles avec un caractère

immobilier. Vénalité des charges. La règle le mort saisit le vif. Fréquence des testamens olographes. L'héritier institué n'est plus qu'un légataire. Substitution à deux degrés.

60. La conservation des familles et du patrimoine des familles est l'esprit de notre ancien droit français. Aussi la faculté de disposer y fut-elle constamment soumise à de sévères prohibitions, et dès le temps de Saint-Louis (1290) cet esprit conservateur s'exprimait dans les successions, sous des formes propres, avec la plus grande énergie.

« La tranquillité intérieure des familles, objet toujours cher aux bons princes, dit Vély, tome 6, occupait surtout l'attention du saint roi. Les sources les plus ordinaires des divisions qui troublent la société sont les donations, les partages, les douaires, les tutelles, l'état des particuliers, enfin la cupidité qui toujours porte un œil avide sur les possessions d'autrui. Tout est prévu dans le nouveau code. Tout est réglé avec autant de sagesse que de justice et d'équité. Le tiers des propres est tout ce qu'on permet au gentilhomme de donner à ses enfans puînés. Il peut aussi leur laisser ses acquêts ainsi qu'à sa femme; mais s'ils font partie de son fief, le fils aîné peut les retirer en payant ce qu'ils ont coûté. Lorsqu'il marie sa fille il lui est libre de l'avantager d'un quart au-dessus de la portion héréditaire coutumière et légale qui doit lui revenir dans la succession paternelle. Mais d'un autre côté s'il donne moins son sort est décidé, elle n'a plus rien à redemander. C'était l'ancien usage qu'une fille noble dotée, n'eût-elle qu'un chapel de roses, se voyait exclusc de la succession du père ou de la

mère qui lui avaient constitué sa dot. Il n'en était pas de même d'une sœur, etc.

» On permet aux femmes lorsqu'elles se marient ou qu'elles sont au lit de la mort, si toutefois elles n'ont pas d'enfans mâles, d'avantager leurs maris du tiers de leurs biens; mais tandis qu'elles sont sous le lien conjugal, elles ne peuvent leur faire aucun don gratuit. La loi le déclare invalide, sans force et sans effet. On présume que c'est ou excès de tendresse ou crainte de mauvais traitemens. Telle était alors la puissance ou plutôt la tyrannie des maris, que, si l'on en croit Beaumanoir, l'usage les autorisait à battre leurs femmes à loisir. On leur recommandait seulement de ne les point tuer, estropier ou mutiler. D'un autre côté ces mêmes lois trop favorables à la femme lui permettaient de se remarier, lorsqu'elle avait été sept ans sans voir son mari et sans recevoir de ses nouvelles. Les donations de père et de mère aux enfans qui sont sous leur puissance deviennent de toute nullité. Dans l'état de veuvage, on ne peut favoriser un enfant au préjudice des autres sans le consentement de tous. Une dame qui a des hoirs mâles cesse d'être propriétaire de sa terre. Elle n'en jouit plus que comme usufruitière. On ne lui permet ni de vendre, ni d'engager, ni de donner. Si la loi lui accorde la faculté de faire quelques legs pour son anniversaire, ce n'est que d'une portion au-dessous du quint de son héritage. Mais l'époux noble, quoiqu'il ait des enfans, peut disposer du tiers de ses propres. Quand il marie son fils ou qu'il le fait chevalier, il doit lui donner la troisième partie non seulement de sa terre, mais encore de celle dont sa femme peut avoir hérité depuis son mariage.

» Telle est la loi des successions. Les enfans du rotu-

rier follement dissipateurs ou sagement économes partagent également l'hérédité paternelle. On n'en excepte que ceux qui sont nés trente-neuf semaines après la mort du mari. Si leur mère a mis dans la famille un fief franc ou noble, l'aîné obligé de garantir ses frères en partage est avantagé du château ou principal manoir, avec une certaine étendue de terre à l'entour : c'est ce qu'on appelait anciennement le Coq, ce qu'on nomme aujourd'hui le Vol du chapon. La même chose s'observait depuis l'aïeul jusqu'au petit-fils. Alors le partage se faisait gentilement, c'est-à-dire à la manière des gentilshommes dont le premier-né a les deux tiers du fief, l'hébergement, le coq, quelquefois la moitié des meubles, souvent la totalité. Quand il n'y a que des filles pour recueillir l'héritage du noble, l'aînée n'a d'autre avantage sur ses sœurs que l'hôtel et le parc ; si cependant on peut appeler parc un fonds de terre dont la valeur était fixée à un cinquième de rente. Parmi la noblesse, toute hérédité collatérale est dévolue au premier des enfans après la mort du père. Les cadets ne peuvent y prétendre que lorsqu'ils tiennent leur partage ensemble, c'est-à-dire par indivis, ou lorsque l'*écheoite*, c'est le nom que nos anciens donnent à cette sorte d'héritage, provient du frère aîné ou du chef de la ligne ou souche. Dans ces deux circonstances mêmes l'aîné a toujours le tiers en avantage, avec le vol du chapon comme en succession directe, etc., etc.»

On aime à recueillir dans cette peinture naïve des principales institutions conservatrices des patrimoines, si près du berceau de notre ancien droit coutumier, je ne sais quelle couleur locale où les mœurs du temps se montrent avec une sorte de transparence. C'est comme

la nature prise sur le fait. Il est impossible de n'être pas frappé notamment de l'analogie qui se retrouve entre ce type patrimonial de la propriété au temps de Saint-Louis, l'hôtel et le parc ou le vol du chapon, et celle qu'il avait dans les cantons de l'ancienne société germanique, la maison et le champ qui l'entoure. N'est-ce pas évidemment le même élément conservateur, agissant toujours sur cette portion de la nature physique qui entoure l'homme de plus près et porte plus spécialement le sceau de la personnalité? N'est-ce pas la même idée transportée à une époque postérieure de la même société et se reflétant sous des formes analogues?

61. Nous aurons l'occasion, dans la section suivante, de comparer entre elles, dans le plus grand détail, toutes les dispositions de nos coutumes sur la faculté de disposer. Il ne nous reste donc ici, pour compléter cet exposé historique, qu'à présenter au lecteur la série des principales dispositions législatives sur la constitution de la famille qui se sont succédé depuis la révolution. Nous suivrons de préférence l'ordre chronologique : c'est le moyen de saisir mieux le rapport qui existe entre les modifications que subit la puissance domestique et les différentes formes ou les divers degrés d'énergie du pouvoir public par suite des événemens politiques qui le font naître ou l'altèrent.

Le 8 avril 1791, une loi établit l'égalité entre cohéritiers et abolit le droit d'aînesse. Elle admet la représentation à l'infini.

5 juin 1791. Loi qui affranchit le territoire de toutes redevances et charges oppressives de la liberté naturelle.

28 août 1792. Loi qui abolit la puissance paternelle.

20 septembre 1792. Loi sur le divorce.

5 brumaire an 2. Loi qui établit l'égalité entre cohéritiers et la nécessité du rapport en ligne directe, dans le cas même où les donataires renoncent à la succession du donateur (art. 8). Même obligation absolue du rapport en collatérale, nonobstant la renonciation pour l'avenir (art. 9). Enfin prohibition de disposer du dixième s'il y a des héritiers en ligne directe ou du sixième s'il n'y a que des collatéraux (art. 11).

17 nivôse an 2. Loi qui établit le partage égal entre tous les héritiers, même en ligne collatérale, avec représentation à l'infini. Cette loi conserve la même légitime et la même réserve que la loi du 5 brumaire, mais elle contient dans les articles 34, 35, 41, une détermination purement numérique des valeurs qui peuvent être employées en libéralités. Cette détermination numérique est une preuve manifeste du triomphe des idées générales d'intérêt public sur la puissance domestique et les influences qui s'y rattachent. La représentation est admise à l'infini, ceux qui descendent des ascendans les plus proches du défunt excluent ceux qui descendent des ascendans plus éloignés de la même ligne.

Jusqu'à cette époque le mouvement révolutionnaire a produit dans la famille la destruction de tous les priviléges conservateurs, l'abolition du pouvoir domestique et la proclamation du principe d'égalité absolue entre héritiers.

Le principe de conservation est violé par le triomphe de l'égalité individuelle. Ce n'est là qu'un effet ordinaire des révolutions; mais outre ce résultat auquel on pouvait s'attendre, on en observe un autre qui s'y allie et se combine avec lui; c'est l'extrême restriction de la faculté de disposer. Ce résultat semble d'abord être en.

opposition avec le principe que la puissance domestique devient plus absolue à mesure que les liens du pouvoir public s'affaiblissent et se relâchent. Mais le gouvernement révolutionnaire était loin d'être faible et indécis. Il avait au contraire une tendance bien arrêtée, une volonté forte et des moyens tout pulssans pour l'accomplir. Il s'éleva donc à un grand degré d'énergie et sacrifia le pouvoir paternel lui-même comme il avait renversé tout ce qui pouvait avoir fait obstacle à ses vues. Cette distinction du pouvoir paternel, jointe à l'égalité absolue des partages, fait parvenir l'obligation du rapport à son plus haut période d'énergie. Rapport même en renonçant. La dispense ne peut en être prononcée.

Quand l'œuvre révolutionnaire fut consommée, on vit le nerf de la puissance publique se détendre, et à mesure que renaissaient les idées d'ordre et de conservation, le pouvoir domestique reprit peu à peu sa place. Mais avant d'observer ce retour social et juridique, nous avons à suivre encore l'expression de l'esprit révolutionnaire dans les lois qui suivent :

12 brumaire an 2. Loi qui appelle les enfans naturels aux mêmes droits de successibilité que les autres enfans et qui les soumet à la même obligation du rapport.

22 ventôse. Loi interprétative de celle du 17 nivôse qui soumet à l'obligation du rapport les objets rentrés par l'effet des retraits.

4 floréal an 2. Lois sur le divorce : « Lorsqu'il sera prouvé que deux époux sont séparés de fait depuis plus de six mois, si l'un d'eux demande le divorce il sera prononcé sans aucun délai d'épreuve. » (art. 1.)

17 floréal an 2. Loi qui déclare compris dans la sup-

pression des retraits le retrait de convenance ou successoral.

62. Ici commence le retour aux idées de conservation. Il se montre dans les lois suivantes qui règlent la constitution de la famille et la faculté de disposer.

15 thermidor an 4. Lois concernant les droits successifs des enfans nés hors mariage.

18 pluviôse an 5. Loi qui rétablit les élections d'héritier ou de légataire et les ventes à fond perdu annulées par la loi du 17 nivôse.

14 ventôse an 5. Loi qui rétablit la contrainte par corps en matière civile.

Premier complémentaire an 5. « Le conseil des Cinq-Cents, considérant combien il importe de remédier sans délai à la trop grande facilité de dissoudre le lien du mariage, exige une épreuve de six mois avant que le divorce soit prononcé. »

Enfin 4 germinal an 8. Décret de Bonaparte, alors premier consul, qui permet la dispense du rapport et règle la faculté de disposer de la manière suivante :

Art. 1. « A compter de la publication de la présente loi, toutes libéralités qui seront faites soit par actes entre vifs, soit par acte de dernière volonté, dans les formes légales, seront valables lorsqu'elles n'excèderont pas le quart des biens du disposant s'il laisse à son décès moins de quatre enfans. Le cinquième s'il laisse quatre enfans, le sixième s'il en laisse cinq, et ainsi de suite en comptant toujours pour déterminer la portion disponible, le nombre des enfans plus un.

Art. 3. Vaudront pareillement les libéralités qui seront faites dans les formes légales soit par actes entre vifs.

soit par actes de dernière volonté, lorsqu'elles n'excèderont pas

La moitié des biens du disposant s'il laisse soit des ascendans soit des frères ou sœurs, soit des enfans ou petits enfans de frères ou sœurs;

Les trois quarts lorsqu'il laisse soit des oncles ou grands oncles, tantes ou grand'tantes, soit des cousins germains ou cousines germaines, soit des enfans desdits cousins ou cousines.

Art. 4. A défaut de parens dans les degrés ci-dessus exprimés, les dispositions à titre gratuit pourront épuiser la totalité des biens du disposant.

Art. 5. Les libéralités autorisées par la présente loi pourront être faites au profit des enfans ou autres successibles du disposant sans qu'elles soient sujettes à rapport.

On sent encore ici la présence d'un pouvoir public puissant, dominateur qui comprime la puissance domestique et ne lui laisse qu'une sphère limitée. Mais le principe de conservation prédomine, et non plus, comme dans la loi du 17 nivôse, celui d'égalité rigoureuse.

Est venu enfin le code civil, qui, dans la détermination des règles législatives sur la faculté de disposer, a emprunté à tous les systèmes sans en faire prévaloir aucun d'une manière exclusive. Il semble qu'il n'ait pas d'esprit propre. Il admet une représentation comme la loi de nivôse, mais il l'arrête aux enfans de frères et sœurs; une réserve comme celle de germinal, mais au lieu de l'étendre jusqu'aux cousins issus de germains comme celle-ci, il la limite à la ligne directe. Par la division des biens en deux lignes, au lieu d'appeler de préférence les descendans des ascendans les plus pro-

ches du défunt, comme la loi du 17 nivôse, article 17; il rappelle l'ancienne règle coutumière qui faisait passer les biens à la ligne et à l'estoc d'où ils étaient provenus. Enfin il accorde une assez large part à la disposition du père de famille et se rapproche sous ce rapport des pays de droit écrit; mais au-delà de trois enfans il fixe la légitime d'une manière arbitraire et indépendante d'un accroissement ultérieur de la famille; réflétant ainsi, chacun sous un rapport différent, les systêmes les plus contraires, et les unissant par une sorte de médiation *quantitative* au nom de je ne sais quelle équité naturelle ambitieuse de ménager toutes les opinions. Nous avons déjà observé ailleurs ce caractère de notre droit successoral français.

DEUXIÈME SECTION.

Leur analyse.

SOMMAIRE.

63. *Tout droit se décompose en deux élémens, indivisibilité de son objet, préférence due à la personne. Conséquence.*

64. *Application de ces notions aux règles restrictives de la faculté de disposer. Distinction entre la famille de la nature et la famille de la civilisation, soit en ce qui concerne les restrictions patrimoniales, soit en ce qui concerne le maintien d'une sorte d'égalité entre cohéritiers.*

Il en résulte comme deux ordres différens de réserves et de rapports.

65. *Comment, pour mieux observer les relations de ces règles restrictives, les dispositions successorales de nos coutumes peuvent être présentées en un tableau synoptique.*

66. *De l'incompatibilité des qualités de légataire et d'héritier.*

67. *Graduation analogue dans les restrictions à la faculté de disposer. Citation de Le Brun.*

68. *Propositions qui résultent dès ici de l'examen attentif de notre tableau.*

69. *Relations qui résultent pareillement de la comparaison des dispositions de nos coutumes en matière de rapport en ligne directe et en collatérale.*

70. *L'identité du principe produit une analogie soutenue de résultats. Dans la matière des réserves comme dans celle des rapports se produit la distinction entre la famille de la nature et celle de la civilisation.*

71. *Pour quelle raison l'obligation du rapport n'existe pas en ligne ascendante et s'affaiblit en collatérale.*

72. *De l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire. Quelle est sa nature. Il y a toujours dans le rapport quelque chose de personnel. En collatérale il prend un caractère de réalité. Quand le principe de conservation perd toute sa force, le rapport disparaît.*

73. *Quant à la réserve, il y a trois sortes de coutumes à distinguer. Relations qui s'observent entre la légitime de droit et la réserve coutumière.*

74. *Caractère différent de la légitime et de la réserve*

coutumière; du rapport en directe et en collatérale. Analogie de ces deux différences.

75. *Considérations auxquelles il faut s'élever pour observer toutes les relations qui existent entre les quatre termes de la faculté de disposer, comparés jusqu'ici deux à deux seulement, dans toutes leurs combinaisons possibles.*

76. *Entre enfans l'obligation du rapport suppose l'existence du principe de conservation au moins à l'intérieur. Le rapport en collatérale est de sa nature moins conservateur.*

77. *Le rapport en collatérale, la réserve par donation entre vifs, une légitime expressément déterminée par la coutume reparaissent en même temps.*

78. *Pourquoi l'obligation du rapport, quoique reposant sur le principe de conservation, n'est pas graduée sur l'intensité de ce principe. Il y entre un autre élément.*

79. *Explication de l'antagonisme qui existe entre le système des rapports et celui des légitimes.*

80. *Dans quel ordre disparaissent les dispositions régulatrices de la faculté de disposer et génération naturelle des principes sur lesquels elles reposent.*

63. Tous les priviléges, de quelque nature qu'ils soient, se décomposent en deux élémens : indivisibilité de l'objet, préférence due à la personne. Il en est de même de tous les droits en général; si on les analyse, ils se résument toujours dans ces deux idées fondamentales.

La propriété, celui de tous les priviléges qui est le plus constitutif de l'état social, celui qu'on y voit ordinairement paraître le premier et qui y meurt le dernier, ne

peut manquer de produire à l'intérieur et d'exprimer fortement ces deux idées capitales. Le fond de la propriété en effet est l'indivisibilité de l'héritage, *plures in solidum unius rei domini esse non possunt*. La raison de préférence vient ensuite qui fait que toutes choses égales d'ailleurs, il est plus raisonnable et plus juste d'affecter cet objet indivisible à telle personne qu'à tout autre. Ainsi il a paru juste que celui qui possède soit préféré à celui qui ne possède pas, que celui qui acquiert par occupation ou à prix d'argent soit préféré à celui auquel l'héritage est demeuré tout-à-fait étranger, que celui dont le père a possédé soit préféré à celui qui n'a jamais eu lieu de s'attendre à la dévolution successorale de cet héritage. La justice de cette préférence repose le plus souvent sur la peine d'attente trompée qu'il convient d'éviter au futur possesseur. L'indivisibilité de la chose tient à la nature même du droit, c'est-à-dire à une nécessité métaphysique qui fait qu'il ne peut être rendu absolument divisible en soi sans être détruit, et à une nécessité sociale qui ne permet pas qu'il soit actuellement divisé d'une manière concrète sans un grand détriment de la chose publique.

Il est de la nature de tout droit d'être indivisible. Là où il commence d'être divisible il cesse d'être droit sous ce rapport. C'est cette indivisibilité des droits qui fonde l'*exclusion* sans laquelle il est impossible de concevoir même l'existence d'un droit.

A mesure donc que l'on divise les droits on les détruit et la division indéfinie de tous les droits aboutit à l'égalité absolue qui n'est que la destruction de tous les droits.

On peut faire passer ces notions aux privilèges de la

naissance et à ceux du pouvoir; elles s'y appliquent également.

Donc ni propriété, ni noblesse, ni pouvoir sans priviléges; donc la division de ces priviléges tend à détruire la propriété, la noblesse et le pouvoir, et leur divisibilité absolue en est la destruction complète, c'est l'égalité.

Une société qui voudrait vivre sans priviléges, voudrait vivre sans propriété, sans noblesse, sans pouvoir. L'histoire n'en fournit pas d'exemple.

Donc encore, quelque mal sonnante que puisse paraître cette proposition, les priviléges se multiplient et s'affermissent, à mesure que la propriété, la noblesse et le pouvoir acquièrent plus de force, c'est-à-dire à mesure que l'édifice social s'élève et *qu'il se fixe*.

Que si tous les priviléges venaient à disparaître, l'organisme matériel de la société serait détruit, et le peuple qui admettrait une égalité absolue périrait s'il ne passait à l'ordre intellectuel. La prééminence et le libre développement des opinions et des doctrines s'accroît de tout ce que perdent les priviléges ou droits fixés qui sont le formel de l'empire du fait. La communication des intelligences devient alors plus fréquente et plus immédiate, et ce commerce intellectuel d'où naît le besoin des associations, est le remède à la désorganisation sociale que la nature a placé à côté du mal même. L'association s'efforce de réaliser les idées et les doctrines dominantes, de leur donner un corps, de réédifier, en un mot, un ordre social qui les exprime et les représente. Elles en contiennent le germe fécond puisque le fond de toute société est la communauté d'opinions et de principes.

Un droit peut être détruit, soit par l'oubli de sa raison

de préférence ; tel serait l'effet d'une loi qui n'appelérait pas les père et mère à la succession de leurs enfans de préférence aux collatéraux, soit par la cessation de l'indivisibilité de son objet ; telle fut la loi qui prononça l'abolition de tous les priviléges de la naissance et établit l'égalité entre cohéritiers. Si donc un droit vient à subir quelque altération, il suffit pour en trouver la cause de le décomposer en ces deux élémens : on peut être certain qu'elle prend sa source dans le changement ou la destruction dans la société de la notion ou de l'idée sur laquelle reposait ou la raison de préférence ou la raison d'indivisibilité. Ainsi au premier cas que nous avons cité, la vocation du père à la succession des fils ayant sa raison dans les égards de reconnaissance et de vénération dus à nos auteurs, le peuple qui aura méconnu cette préférence a certainement éprouvé, sous ce rapport, dans ses idées et dans ses mœurs, une altération profonde.

Au contraire l'abolition du droit d'aînesse ne vient point de la destruction de la raison de préférence ; car s'il faut absolument qu'un seul ait le privilége de représenter la famille, les peuples et les jurisconsultes se sont généralement accordés à reconnaître que l'aîné par une foule de raisons qu'il est aisé de sentir, doit obtenir la préférence. Mais cette abolition tient à une autre cause, à la destruction de l'indivisibilité du patrimoine de la famille ou de l'unité de sa représentation. C'est qu'on a cessé de regarder comme nécessaire que l'honneur du sang et les droits de la famille fussent représentés et soutenus par une seule personne. C'est une altération dans les idées de considération, de transmission, de conservation.

Une chose est à remarquer : la destruction complète de l'indivisibilité d'un droit est son anéantissement. La destruction de la préférence personnelle, l'indivisibilité continuant de subsister, peut n'être que son déplacement. Aussi rencontre-t-on plus fréquemment dans l'histoire des législations la destruction des préférences personnelles sur lesquelles se fonde le droit, que celle de l'indivisibilité de son objet. Et quand la réforme se prend à celle-ci, rarement elle la détruit immédiatement d'une manière complète. Toute destruction soudaine a quelque chose qui répugne. L'indivisibilité reçoit ordinairement plus d'une atteinte avant de s'anéantir. Elle ne périt que d'une manière successive et sous des coups réitérés (3).

En approfondissant l'idée de droit nous avons rencontré cette vérité essentielle, que le droit n'est que la réalisation sociale des idées d'un peuple ou des rapports qu'il perçoit entre les personnes et les choses considérées dans l'état civil. La loi est l'expression de ces rapports, et comme l'a dit M. Cousin, l'histoire de la législation n'est autre chose que le développement de l'idée du juste dans l'humanité.

64. Appliquons ces notions générales à l'objet que nous nous sommes proposé d'explorer dans ce chapitre; la faculté de disposer.

Si nous procédons par voie d'analyse à l'observation des élémens dont se compose la faculté de disposer, observée dans le système général de nos anciennes coutumes où elle se déploie sur une très-grande échelle et avec une infinie variété de nuances, nous remarquons d'abord dans la plupart des coutumes deux distinctions fondamentales, famille de la nature, famille de la ci-

vilisation, faculté de disposer à l'intérieur, faculté de disposer à l'extérieur de ces deux familles.

On s'explique : il y a dans la plupart des coutumes des restrictions à la faculté de disposer à l'extérieur de la famille. Il y a une légitime des enfans et une légitime de la famille, c'est-à-dire des limites à la faculté de disposer au préjudice de ses enfans, et des règles de conservation et d'inaliénabilité des biens ou de certains biens qui sont regardés comme constituant le patrimoine de la famille.

La faculté de disposer à l'intérieur reçoit une division analogue : maintien de l'égalité entre enfans, maintien de l'égalité entre les autres héritiers.

Le droit des héritiers à un partage égal repose sur deux principes combinés : obligation du père de famille de fournir et de réserver à ses héritiers les moyens de le remplacer dans la société, absence de raisons de préférence entre ces héritiers. Ces deux principes ont d'autant plus d'efficacité qu'ils s'appliquent à des héritiers plus proches.

Le père de famille doit conserver son patrimoine à ses héritiers. De là, comme sanction de ce devoir, la nécessité de la réduction. Mais ces héritiers appartiennent ou à la famille de la nature prise dans un sens étroit, qui se compose du père, de la mère et des enfans, et que nous appelons famille de la nature; la part qu'il doit leur réserver est la légitime proprement dite; ou ils appartiennent à cette famille des sociétés fixées déjà et avancées dans la civilisation qui embrasse des degrés de parenté très-éloignés, des liens mélangés et diversement combinés pour la perpétuation de laquelle ont été imaginées des règles conservatrices du patrimoine

commun, des restrictions qui rendent l'aliénation de ce patrimoine et plus rare et plus difficile; nous l'appelons famille de la civilisation. De là deux différens ordres de réductions, celle qui assure aux enfans leur légitime, celle qui protège la masse du patrimoine, qui le maintient dans la même famille, qui en garantit la conservation.

Il en est de même à l'intérieur. Si l'on observe cette partie de la législation qui a pour objet de maintenir l'égalité de conditions entre cohéritiers, on retrouve la distinction entre les deux familles, famille de la nature, famille de la civilisation, et l'on a deux ordres différens de prohibitions pour maintenir l'égalité dans chacune d'elles. Et entre ces deux ordres de prohibitions deux différences principales et caractéristiques : la famille de la nature existant toujours et d'une manière nécessaire, dans presque toutes nos coutumes aussi les prohibitions qui ont pour objet de ramener la volonté du père à l'égalité de condition entre enfans sont plus ou moins rigoureusement sanctionnées. Mais la famille n'acquérant pas toujours et d'une manière nécessaire ce développement qui donne lieu à la détermination des rapports respectifs de ses divers membres aux degrés les plus éloignés, les prohibitions que font naître ces rapports ont pu être plus facilement négligées ; elles manquent dans un grand nombre de coutumes, elles n'y sont pas exprimées. C'est une première différence. La famille de la nature donnant toujours naissance à des rapports constans, efficaces et vrais, les prohibitions qui expriment ces rapports sont rigoureuses, elles sont efficaces et sévères. Mais dans la famille de la civilisation les rapports s'affaiblissent par l'éloignement des degrés; et parce que les liens

du sang perdent de leur valeur à de grandes distances, les prohibitions qui y répondent sont moins rigoureuses, leur expression devient flottante et incertaine : souvent elle s'efface ou se laisse à peine sentir. Seconde différence. Ainsi dans la famille de la civilisation les prohibitions qui ont pour objet d'établir l'égalité entre enfans doivent être et moins constamment reconnues et exprimées ou moins certaines, et moins efficaces ou moins rigoureusement sanctionnées.

En deux mots, famille dans le sens étroit du mot, qui se compose du père, de la mère et des enfans, famille dans un sens plus compréhensif qui s'étend à toutes les personnes issues d'une souche commune. La législation successorale d'un peuple avancé dans la civilisation se propose le maintien du principe d'ordre et du principe de perpétuité dans l'une et dans l'autre, mais avec des nuances différentes. La famille de la nature étant plus nécessaire que la famille de la civilisation, la famille de la civilisation plus compréhensive que la famille de la nature, les deux principes d'ordre et de conservation sont diversement gradués et revêtent un caractère différent dans l'une et dans l'autre. Ces principes s'expriment, savoir : le principe d'ordre par l'égalité de condition entre enfans qui produit les prohibitions d'avantages et les rapports, le principe de perpétuité par la conservation du patrimoine commun, lequel enfante à son tour les règles restrictives de son aliénation, les réductions et les réserves. Et comme ces deux principes agissent respectivement avec des degrés d'efficacité différens dans la famille de la nature et dans celle de la civilisation, qu'ils sont dans l'une et dans l'autre d'autant plus puissans qu'ils s'exercent plus près de l'objet direct

de leur action, il en résulte dans les règles restrictives de la faculté de disposer deux caractères bien distincts et comme deux ordres différens de réductions et de rapports.

65. Pour observer ces principes et les lois respectives de leur développement, ainsi que l'analogie ou la relation qui peut exister entre ce développement à l'intérieur et celui qui s'opère à l'extérieur dans l'une et l'autre famille, il est nécessaire d'écrire la série des prohibitions de disposer à l'extérieur de la famille de la nature. — La série des mêmes prohibitions à l'extérieur de la famille de la civilisation.

La série des prohibitions à l'intérieur de la famille de la nature,—La série des prohibitions à l'intérieur de la famille de la civilisation.

Toutes ces prohibitions découlent de deux principes, à l'intérieur l'ordre, à l'extérieur la perpétuité.

Il résultera de ce travail fait pour toutes ou les plus notables coutumes, un tableau présentant, soit à l'aide de tableaux particuliers que le lecteur pourra extraire du tableau synoptique général pour chacun des points de comparaison qu'il voudra établir, soit par le simple rapprochement oculaire des différentes dispositions que ce tableau synoptique présente.

1. L'expression de la loi de proportion qui existe entre la faculté de disposer entre enfans et le rapport en directe;

2. L'expression de la loi de proportion entre la faculté de disposer entre héritiers collatéraux et le rapport en collatérale;

3. L'expression de la loi de proportion entre la faculté de disposer du patrimoine de la famille et l'inaliénabi-

lité de ce patrimoine. Cette inaliénabilité peut être plus ou moins complète selon que la disposition des biens n'est permise qu'à titre onéreux, ou à titre gratuit entre vifs, à titre gratuit à cause de mort, etc.

4.° L'expression de la loi de proportion entre la faculté de disposer au préjudice de ses enfans et la quotité de leur réserve ou légitime. Cette légitime n'est aussi qu'une inaliénabilité plus ou moins complète, plus ou moins intense du patrimoine commun. L'inaliénabilité peut être considérée eu égard à sa compréhension, meubles, acquêts, conquêts, immeubles, propres, rotures, fiefs; et eu égard à son intensité, prohibition d'aliéner à titre onéreux, gratuit entre vifs, gratuit à cause de mort, à perpétuité, à viage, usufruit, etc., etc.

Ce même tableau comprendra nécessairement,

5.° La série des gradations et nuances du rapport en directe;

6.° La série des gradations et nuances du rapport en collatérale;

7.° La série des gradations et nuances de l'inaliénabilité du patrimoine commun;

8.° La série des gradations et nuances de la réserve des enfans.

Et chacune de ces séries peut être comparée soit avec une série du même ordre, soit avec la série correspondante d'un ordre différent. Elles peuvent enfin être comparées deux à deux, et tous les rapports constans ou habituels résultant de ces rapprochemens divers, pourront être considérés comme des lois régulatrices des divers élémens dans lesquels se décompose la faculté de disposer.

(Voir ces tableaux synoptiques A ci-joints).

66. L'obligation du rapport s'analyse et se résume en deux propositions subordonnées qui expriment le degré d'intensité de son principe. Incompatibilité des qualités d'héritier et de donataire, incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire. L'une et l'autre prohibitions sont l'expression du principe d'ordre. L'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de donataire est un véritable rapport, mais celle que la loi prononce entre les qualités d'héritier et de légataire est un rapport adouci, affaibli en quelque sorte. On a voulu éviter l'abus des libéralités testamentaires d'autant plus à craindre, que l'homme est plus disposé à se montrer libéral des biens qui lui échappent. Il était facile de prévoir que ces deux restrictions à la faculté de disposer seraient déterminées d'une manière analogue, que leur marche et le progrès de leurs gradations devraient se correspondre. C'est aussi ce que l'observation confirme. Ainsi dans les coutumes qui admettent le rapport on retrouve constamment en collatérale l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, à moins que toute prohibition ne disparaisse, ce qui n'a lieu que dans un très-petit nombre de coutumes. Et dans celles où cette incompatibilité n'existe pas, le rapport disparaît en même temps; c'est ce qui arrive dans toutes les coutumes qui rejettent le rapport, et où la puissance paternelle trop absolue fait méconnaître le principe d'ordre par le défaut de sanction d'une juste égalité de conditions entre héritiers. Telles sont les coutumes de Douay, Cambray, Artois, etc.

67. On retrouve aussi dans l'expression du principe de conservation une gradation analogue. Mais elle paraît au premier aspect se développer en sens inverse. La conservation du patrimoine commun de la famille

de la civilisation se montre plus constamment soumise à des règles restrictives de la faculté de disposer que ne l'est la conservation de la partie de ce patrimoine exclusivement réservée aux héritiers directs. Dans un certain nombre de coutumes on ne voit point que le législateur ait pris soin de stipuler une légitime dans l'intérêt des enfans, tandis que dans presque toutes on rencontre des règles conservatrices du patrimoine commun de la famille. C'est qu'en conservant ce patrimoine la loi pourvoit par là même d'une manière suffisante à l'intérêt des enfans, c'est qu'aussi la conservation de la réserve des enfans ne concerne directement que leur intérêt personnel, tandis que la conservation du patrimoine des familles qui maintient leur perpétuité intéresse la société tout entière. La conservation des familles était le grand objet du système successoral coutumier. Néanmoins la plupart des coutumes faisaient expressément mention d'une légitime sans en déterminer la quotité, et dans celles où cette quotité était déterminée formellement, on peut remarquer que la réserve entre enfans est souvent plus forte que celle entre cohéritiers ou restriction patrimoniale; ou qu'au moins elle l'égale toujours. C'est encore une application d'un principe ci-dessus énoncé, qui veut que l'expression d'une loi soit de conservation soit d'ordre, soit toujours d'autant plus puissante que cette loi s'exerce sur un objet plus immédiatement soumis à son action directe.

« Nous avons deux lois dans notre jurisprudence, dit Le Brun, *des Successions*, p. 521, qui sont de différens usages et qu'il est important d'expliquer, la loi du rapport et la loi de l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire. Le rapport est pour les donations entre

vifs et l'incompatibilité de qualités concerne les legs. Celle-ci est pour suppléer à l'autre, et l'on se sert de l'incompatibilité des qualités dans les cas où à la vérité le rapport n'est pas ordonné, mais où il n'est pas contraire à l'esprit de la coutume, etc.

» Le rapport entre ascendans est contre l'esprit de la loi puisqu'on ne donne jamais aux ascendans en avancement d'hoirie; il n'y a aucun texte de droit qui admette ce rapport et notre usage y répugne. Conséquemment il ne peut y avoir non plus entre eux d'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire.

» Quelquefois le rapport se fait en ligne collatérale par la disposition expresse de la coutume comme à Chauny, suivant l'art. 47 de la coutume, en Anjou et au Maine. Cela arrive aussi en vertu d'une clause spéciale apposée en la donation et que la coutume de Sens permet en l'art. 264. Mais cette clause, non plus que celle par laquelle on donne en avancement d'hoirie, n'oblige le donataire au rapport qu'en cas qu'il se porte héritier, ce qui lui est libre : la condition qui résulte de ces clauses n'étant pas d'accepter la succession et de rapporter, mais bien de rapporter supposé que l'on accepte la succession.

» Nos coutumes sont bien opposées les unes aux autres sur cette matière; que si une coutume ne fait aucune mention ni de rapport ni d'incompatibilité des qualités, le rapport doit avoir lieu dans cette coutume de la manière qu'il est établi par le droit; c'est-à-dire dans la ligne descendante et non dans l'ascendante ni dans la collatérale, et que dans la descendante on ne peut être ni donataire ni légataire et héritier, qu'au contraire cela se peut dans les deux autres.

» La raison de cette décision à mon avis est qu'il n'y a point de rapport ni d'incompatibilité des qualités que sur le fondement de l'égalité requise ou de l'affectation des propres à leur ligne ; or l'égalité n'est pas assez naturelle dans cette ligne pour obliger de suppléer à une prohibition d'avantager un de ses cohéritiers, et pour l'affectation des propres à leur ligne, c'est une loi à laquelle on satisfait assez pour les réserves coutumières.

» Au contraire la coutume de Reims souffre qu'un fils soit tout ensemble donataire, légataire et héritier, sauf la légitime de ses frères.

» Il y a un troisième genre de coutumes où l'on distingue la directe d'avec la collatérale, la qualité de donataire entre vifs d'avec celle de légataire, et où l'on ne peut être ni donataire, ni légataire et héritier en directe, mais où l'on peut être donataire et héritier en collatérale, non pas légataire et héritier : telle est la coutume de Paris et la plupart des coutumes du royaume, en sorte que l'on peut prendre cette disposition pour un droit commun qui souffre néanmoins quelques exceptions, etc.

» Nous avons un quatrième genre de coutumes qui exceptent du rapport les donations entre vifs et qui y assujettissent néanmoins les donations en directe pour cause de mariage; telle est la coutume de Lille, art. 17 et 19.

» Nous avons une cinquième espèce de coutumes où l'on ne peut être donataire et héritier; cela s'entend tant dans la ligne collatérale que dans la directe.

» Il y en a une sixième sorte où il est seulement défendu d'avantager son héritier présomptif dans ses propres : telle est la coutume de la Rochelle, art. 42; mais

Il est permis dans cette coutume au donataire de se tenir à son don en renonçant.

» En cela elle diffère d'un septième genre de coutumes où le rapport est toujours nécessaire tant en collatérale qu'en directe et où il n'est pas permis de se tenir à son don : telles sont les coutumes du Maine et d'Anjou.

» L'on peut compter pour un huitième genre de coutumes, celles où le privilége a lieu, mais où il doit être déclaré expressément : telle est la coutume de Péronne, qui dit art. 204, que les dons en directe sont sujets à rapport, sinon qu'ils eussent été faits sans charge de rapport et que cela fût expressément dit, et en l'article suivant que nul ne peut être héritier ni légataire ensemble d'une même personne si le legs n'est par forme de prélegs et hors part. Telle est aussi la coutume de Noyons, art. 16. Or dans ces coutumes il ne suffit pas que le défunt ait donné ou légué quelque chose à son héritier présomptif pour faire qu'il soit exempt du rapport. L'on suit leur disposition à la lettre et le rapport a lieu si le donateur ne l'a expressément défendu, ou s'il n'a dit expressément que le donataire aurait les choses données par forme de préciput et de prélegs.

» Il y a un neuvième genre de coutumes qui permettent le concours des qualités de donataire ou légataire et d'héritier, et permettent par conséquent le préciput et prélegs, sans qu'il y ait clause expresse dans la donation ou dans le legs, et dans ces coutumes ces qualités étant compatibles, le préciput ou prélegs a lieu par le seul concours de ces qualités : telle est la coutume de Reims.

» On remarque enfin des coutumes où s'il n'y a eu que quelques enfans mariés ils rapportent ; s'il l'ont été

tous quoique dotés inégalement, ils ne rapportent point. »

68. De ce qui précède et de l'examen attentif du tableau des principales dispositions de nos coutumes en ce qui concerne la faculté de disposer, on peut déduire dès ici les propositions suivantes :

1. Le rapport étant l'expression du principe d'ordre appliqué à l'intérieur de la famille, la réserve l'expression du principe de conservation appliqué à l'extérieur, il n'existe aucune loi d'analogie bien constante entre la faculté de disposer à l'extérieur de la famille et celle de disposer à l'intérieur. Ces facultés se rattachent respectivement à deux principes différens, elles doivent donc être indépendantes l'une de l'autre, ou plutôt elles n'ont d'autre relation que celle qui existe entre les deux principes générateurs.

2. Il existe une analogie et une sorte de connexité entre les dispositions restrictives de la faculté de disposer à l'intérieur de la famille, en *directe* et en *collatérale*.

La raison de cette analogie est l'identité du principe qui engendre ces restrictions. La nécessité du rapport qui existe en directe, se conserve ordinairement en collatérale, mais en y revêtant une forme moins rigoureuse, celle de l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire; il s'y adoucit et quelquefois s'y éteint.

3. Dans les dispositions restrictives de la faculté de disposer à l'extérieur de la famille, même connexité et analogie entre les dispositions conservatrices du patrimoine commun de la famille et celles conservatrices de la légitime ou réserve. La raison en est pareillement l'identité du principe.

4. Le principe d'ordre qui tend à l'égalité de condi-

tions entre héritiers, a sa plus grande énergie dans la famille de la nature. Le principe de conservation ou de perpétuité atteint sa plus grande permanence légale dans la famille de la civilisation, mais il est de fait aussi permanent et et plus puissant encore dans la famille de la nature. Le rapport est plus rigoureusement exigé entre enfans qu'entre héritiers plus éloignés. Les restrictions coutumières à la faculté de disposer à l'extérieur sont plus directement conservatrices du patrimoine de la famille que de la légitime propre de chaque enfant.

5. C'est l'égalité de conditions entre enfans et non l'égalité absolue de parts héréditaires que produit le principe d'ordre ; ce qu'expriment précisément certaines coutumes qui disent : *Ne peut faire la condition de l'un de ses enfans meilleure que celle de l'autre.* C'est ainsi qu'enfans duement aparagés ne pouvaient élever aucunes réclamations pour l'inégalité des lots.

6. Outre l'intensité du principe d'ordre et du principe de conservation qui consiste dans la forme plus ou moins rigoureuse de la prohibition, il faut pour graduer les expressions du rapport et de la réserve prendre en considération des élémens étrangers à ces deux principes et qui servent néanmoins à les exprimer. Ces élémens se ramènent commodément à deux divisions : qualité de l'objet de la disposition, forme de cette disposition. Ici viennent les distinctions de meubles, d'immeubles, de conquêts, de propres ; aliénation onéreuse, disposition testamentaire, don entre vifs, etc.

69. Pour suivre de plus près l'analogie qui paraît devoir exister entre la faculté de disposer à l'intérieur de la famille de la nature et la faculté de disposer à l'intérieur de la famille de la civilisation, ces deux droits reposant

l'un et l'autre sur le même principe, on peut mettre en regard la série des expressions du rapport en directe et en collatérale depuis le degré le plus élevé ou la nécessité du rapport même en renonçant, jusqu'à son expression la plus réduite ou l'absence totale de la nécessité du rapport. Quoiqu'il soit évident que de semblables rapprochemens ne peuvent donner des résultats d'une certitude rigoureuse, on peut néanmoins ramener les relations qui existent le plus souvent aux propositions suivantes :

1.° Les coutumes qui n'admettent pas le rapport en directe ne l'admettent aucunement en collatérale, pas même sous son expression la plus adoucie.

2.° La plupart des coutumes qui admettent le rapport en directe avec la faculté au père d'en prononcer la dispense n'admettent le rapport en collatérale que sous la forme de l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, c'est son expression la plus affaiblie. Presque toutes les coutumes n'admettent le rapport en collatérale que de cette manière.

3.° On rencontre des coutumes qui, tout en rejetant le rapport en collatérale, admettent l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire; mais on n'en trouve pas qui admettent le rapport en collatérale et rejettent cette incompatibilité.

4.° Lorsque le rapport en directe s'élève à un tel degré d'intensité que le père ne peut en prononcer la dispense, il conserve ordinairement une partie de sa force ou même toute sa force en collatérale. Telles sont les coutumes de Laon, la Rochelle, Paris.

5.° Quand le rapport a lieu en directe, même en renonçant, ce qui est sa plus haute expression et suppose

toujours que le père ne peut en dispenser, il se conserve en collatérale et ne se réduit point à l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire. Touraine, Anjou, Maine, etc.

6. On ne remarque pas que le rapport qui est admis ou rejeté en directe à raison de ce qu'il s'agit d'un don entre vifs ou d'un don par mariage, subisse, à raison de ces distinctions, aucun changement analogue en collatérale.

7. Dans les coutumes qui admettent le rapport en collatérale comme en directe, la distinction généralement admise entre la famille de la nature et celle de la civilisation n'existe pas, tellement qu'il y est toujours question d'héritiers seulement et de rapports entre héritiers, non d'enfans par opposition aux parens collatéraux.

8. Dans les divers degrés d'intensité que prend la loi du rapport en collatérale depuis sa nullité jusqu'à son plus grand développement, les coutumes prennent constamment en considération et la nature de l'objet dont on dispose et la manière dont il en a été disposé. Et la règle que s'est tracée le législateur est, en ce qui concerne la nature de l'objet, de conserver davantage ce qui est plus constitutif du patrimoine de la famille, les immeubles plus que les meubles, les propres plus que les acquêts, les fiefs plus que les rotures, etc.; et en ce qui concerne la manière dont la disposition a été faite de prohiber avec plus de rigueur les actes auxquels on se porte plus facilement et dont la fréquence donnerait naturellement lieu à des inconvéniens plus graves. Ainsi l'incompatibilité des qualités de légataire et d'héritier est la commune expression du rapport en col-

latérale et la dernière qui s'efface, parce que les dispositions à cause de mort sont plus ordinaires et plus à craindre que celles entre vifs.

9. En directe les diverses modifications du rapport ne s'opèrent ni à l'occasion de la nature de l'objet donné, ni à raison de la manière dont la disposition a été faite. On n'y a égard ni à la qualité des biens, meubles, acquêts, etc., ni à l'acte qui dispose, donation entre vifs ou testament, mais l'intensité du rapport en directe se mesure par le degré de résistance qu'il oppose à la volonté soit du père de famille soit de l'acceptant. Le rapport en directe ou est complètement rejeté ou est admis pour toutes les espèces de biens et de libéralités, mais quelquefois le père peut en prononcer la dispense, quelquefois il ne le peut pas. Tantôt et le plus souvent l'enfant peut s'en tenir à son don en renonçant, tantôt il est tenu au rapport même en renonçant. Le rapport en directe a donc quelque chose de tout à fait personnel qui ne se remarque pas en collatérale.

10. L'obligation du rapport atteint son maximum d'intensité lorsque le rapport a lieu en collatérale. Or cela n'arrive que dans deux cas, ou dans les coutumes d'égalité absolue, comme le Maine, Anjou, Touraine, ou dans celles qui ne font aucune distinction entre les enfans et les autres héritiers ni pour la légitime ni pour le rapport, comme Bretagne, Valois, Bourbourg, la Rochelle.

11. Nous avons dit que le rapport a plus de force dans la famille de la nature que dans celle de la civilisation. Cette règle ne reçoit même pas d'exception dans les coutumes d'égalité absolue. Car dans ces coutumes non seulement il y a rapport en directe comme en collaté-

rale, mais encore le rapport ne peut être écarté par la dispense du père ni par le renoncement du fils.

70. Toutes ces notions nous ramènent constamment à cette idée capitale. Le rapport est l'expression du principe d'ordre appliqué soit à la famille de la nature soit à celle de la civilisation. Dans l'une et dans l'autre famille, l'identité du principe produit une analogie soutenue de résultats. Ils ne diffèrent que du plus au moins, c'est-à-dire que le principe a plus d'intensité dans la famille de la nature où les liens du sang ont plus de force, que dans la famille de la civilisation où ces mêmes liens se relâchent et s'affaiblissent. Les différens résultats de la comparaison des dispositions de nos coutumes en matière de rapports expriment tous cette proportion; aucun d'eux ne la contredit, si ce n'est les coutumes qui n'admettent pas la distinction que presque toutes établissent entre la famille de la nature et celle de la civilisation.

On retrouve, disons-nous, dans la plupart de nos coutumes, une distinction bien prononcée entre ces deux familles, et on observe dans l'une et dans l'autre des restrictions graduées par des nuances d'un caractère différent quoiqu'elles soient analogues. Cette distinction ne résulte pas moins des dispositions en matière de légitime que de celles en matière de rapports. Et il existe des restrictions à l'aliénabilité du patrimoine de la famille, ou comme l'appellent les anciens auteurs une *réserve coutumière*, de même qu'il y a une réserve des enfans ou *légitime de droit*. Cette dernière, quoiqu'elle ne soit pas toujours exprimée est néanmoins admise de fait, et dans ce cas sa quotité est fixée soit à la moitié de la portion héréditaire, conformément à la coutume de Paris, soit à la quotité de biens déterminée par les lois

romaines, comme on le pratique dans toutes les coutumes qui ont de l'analogie avec le droit romain. Nous avons vu qu'on peut observer pareillement deux sortes de rapports bien distincts, celui de la famille de la nature, celui de la famille de la civilisation; or précisément l'on remarque que la distinction entre le rapport en directe et le rapport en collatérale ne manque le plus souvent que dans les coutumes où la distinction analogue entre la réserve coutumière et la légitime de droit manque également. Telles sont Bretagne, Valois, Blois, Bourbourg, la Rochelle, etc. C'est qu'évidemment ces coutumes n'ont pas admis la classification universellement adoptée et si nettement tracée par les autres coutumes entre la famille de la nature et la famille de la civilisation. Cette exception, bien loin de détruire le principe, le confirme au contraire en laissant voir la raison pour laquelle il n'a pu s'appliquer.

On a fait remarquer en outre que le principe d'ordre ne produit pas l'égalité absolue de parts entre enfans ou héritiers, mais seulement l'égalité de *conditions*. La preuve en résulte principalement de cette disposition admise dans un si grand nombre de coutumes, que les enfans duement aparagés, encore bien qu'ils n'aient reçu en mariage qu'une portion infiniment moindre que celle de leurs cohéritiers, ne peuvent cependant être admis à s'en plaindre ni à exiger le rapport de ce que ces derniers ont reçu de plus qu'eux. L'expression même dont se servent un grand nombre de coutumes pour déterminer l'obligation du rapport énonce précisément cette idée : ne peut faire la condition d'un de ses héritiers meilleure que celle de l'autre. Ce principe est applicable

à l'interprétation de plusieurs dispositions de notre droit actuel.

71. Dans nos coutumes, le rapport n'a point lieu entre ascendans. Il s'affaiblit en collatérale. Cette décroissance de l'obligation du rapport est dans la nature des choses, il est aisé de s'en rendre compte.

Le rapport, avons-nous dit, est l'expression du principe d'ordre appliqué à la société domestique. Il s'analyse en deux propositions : obligation de conserver à ceux qui nous survivent et qui doivent nous remplacer dans le monde notre patrimoine ou une portion de notre patrimoine suffisante pour assurer leur existence physique et sociale ; absence de raisons de préférence entre héritiers. Telles sont les deux idées dont nous avons exprimé la réunion sous le nom de principe d'ordre. Mais la première idée, celle de conservation, est affirmative; la seconde est négative, ou du moins c'est un principe neutre, l'égalité. Or l'affirmation seule produit, édifie, confirme; la négation ne produit rien. La force du principe d'ordre sera donc d'autant plus grande que la force de conservation, coexistante avec l'idée d'égalité, y aura plus d'énergie. Mais il est évident que l'obligation d'assurer l'existence sociale de nos héritiers est plus immédiate, plus impérieuse envers les descendans qu'envers les ascendans. Ceux-ci ne sont point destinés à perpétuer la famille : leur vocation à la succession est une sorte d'anomalie, et ce n'est guère que dans les sentimens de piété filiale, de vénération religieuse, d'humanité, que l'on trouve la raison de leur vocation. Tout cela est en dehors des règles. Toujours il demeure que la conservation de la famille, sa perpétuité ne s'applique pas à la ligne ascendante. Reste donc à son é-

gard l'idée négative d'égalité qui ne peut fonder aucun droit. Telle est la raison qui a fait rejeter le rapport entre ascendans. Le principe d'ordre n'est pas applicable à leur vocation.

Mais en collatérale les mêmes idées nous conduisent à un affaiblissement progressif de l'intensité du rapport. On retrouve bien encore ici le principe négatif d'égalité qui n'est que l'absence de raisons de préférence, mais l'obligation de conserver s'y efface presque entièrement ou du moins elle perd de sa force, par la raison toute simple que les collatéraux ne sont appelés que d'une manière indirecte et en quelque sorte subsidiaire à remplacer le défunt et à perpétuer la famille. Cet affaiblissement de l'idée productrice opère nécessairement une diminution d'énergie proportionnelle dans l'expression du principe d'ordre, et c'est pour cela que le rapport, tout en conservant sa nature et par suite l'analogie de ses résultats, ne se produit cependant en collatérale que sous des formes plus douces : son langage est moins sévère, quelquefois il s'y tait complètement.

72. L'expression habituelle du rapport en collatérale étant l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, il est important de se fixer sur la nature de cette incompatibilité.

Ce n'est pas la qualité d'héritier prise dans le sens absolu du mot qui est incompatible avec celle de légataire; ces deux qualités n'ont rien d'incompatible. Ce qui l'est, c'est la qualité d'héritier du sang et celle de légataire.

L'incompatibilité ne ressort pas du partage, mais de la qualité personnelle qui donne droit au partage. Il y a donc toujours dans le rapport quelque chose d'essen-

tiellement personnel, et on ne connaît pas de législation qui ait admis indistinctement le rapport entre tous les copartageans quels qu'ils fussent.

Ce n'est donc point à proprement parler la cumulation des qualités de donataire ou légataire et de copartageant qui est impossible, c'est celle des qualités de donataire ou légataire et d'héritier du sang. L'héritier du sang possède un droit à la succession inhérent à sa personne, droit à ce que la succession ou une portion de la succession plus ou moins considérable lui soit conservée. C'est cette exigence de conservation combinée avec l'idée d'égalité qui enfante le principe d'ordre sur lequel repose le rapport.

Ainsi il y a toujours dans le rapport quelque chose de personnel. L'incompatibilité qui est son expression naturelle n'existe qu'à cause des droits que donne la naissance au partage du patrimoine commun. Si ces droits disparaissent, il ne reste plus que la qualité toute réelle de copartageant qui ne suffit pas pour donner lieu au rapport. Si les liens du sang s'affaiblissent et s'effacent, la personnalité du rapport diminue, l'incompatibilité par laquelle il s'exprime s'adoucit ou disparaît et le rapport perd de son intensité. C'est ce qui arrive en ligne collatérale où la personnalité du rapport s'affaiblit et où cette obligation revêt un caractère de réalité. Enfin quand les liens du sang disparaissent absolument, il n'y a plus de rapport parce qu'il n'y a plus aucune qualité personnelle qui puisse faire naître l'incompatibilité qui en est la source.

L'incompatibilité entre les qualités d'héritier du sang et de légataire ou donataire est donc plus ou moins rigoureuse en raison de ce que l'idée de conservation qui

la fonde a un plus ou moins haut degré d'énergie et de force. En d'autres termes, selon que la conservation des biens aux héritiers du sang est plus ou moins exigée, l'incompatibilité des qualités d'héritier et de donataire ou légataire est plus ou moins absolue. Cette incompatibilité n'est donc point une répugnance d'idées, une impossibilité métaphysique, mais une répugnance morale, une contrariété de direction et de tendance qui est susceptible de plus et de moins; et c'est pour cette raison que dans certaines législations où l'idée de conservation est très-puissante, l'obligation du rapport est absolue. La volonté des personnes ne peut y donner atteinte, ni celle du disposant en défendant le rapport de la libéralité qu'il confère ni celle de l'héritier en renonçant à la succession. C'est ce qui arrive dans les coutumes d'égalité absolue. Tandis que cette même obligation reçoit différentes modifications, qu'elle peut même disparaître complétement par la volonté de l'homme, dans les législations où l'idée de conservation n'a pas assez d'énergie pour que sa combinaison avec l'idée négative d'égalité produise une incompatibilité rigoureuse. Toutes les coutumes non dites d'égalité absolue, notre droit français actuel, sont dans cette dernière catégorie.

73. « Il y a, dit Le Brun, trois sortes de coutumes à distinguer dans le royaume. La première de celles qui ne règlent point la quotité de la légitime des enfans et ce sont la plupart des coutumes du royaume, la deuxième de celles qui s'en rapportent au droit écrit comme Reims et Melun. La troisième de celles qui déterminent précisément cette quotité, comme Paris, Calais et Chauny.

» Dans les coutumes de la première espèce, c'est-à-

dire dans celles qui ne règlent point la quotité de la légitime des enfans, on applique les dispositions de la coutume de Paris, c'est-à-dire que chaque enfant a pour légitime la moitié de la portion héréditaire qu'il eût eue si ses père et mère n'eussent pas disposé... Je voudrais excepter de cette décision les coutumes où règne le droit romain, comme la coutume de Bourbonnais, celle d'Auvergne et celle de Berri, où j'estime que la légitime aurait lieu suivant le droit romain avec qui elles frayent presque toujours. »

Si en faisant usage de ces données et à l'aide des tableaux synoptiques qui précèdent on opère dans la matière des légitimes et des réserves coutumières des rapprochemens analogues à ceux que nous avons formulés en ce qui concerne les rapports et qu'on se livre à un travail d'analyse et de comparaison semblable, on observera entre ces deux institutions (les légitimes et les réserves) certaines lois de corrélation qui se reproduisent constamment d'une manière uniforme et que l'on peut résumer dans les propositions qui suivent :

1. La légitime suppose ordinairement la réserve coutumière ; en conservant les prohibitions admises par celle-ci, elle les complète et les applique souvent à certains biens que la réserve coutumière avait omis.

2. Quelquefois la légitime est remplacée par la réserve coutumière. Alors les restrictions conservatrices du patrimoine combinées avec l'obligation du rapport que l'on retrouve constamment en directe équivalent à une véritable légitime.

3. La légitime et la réserve coutumière sont quelquefois toutes deux prononcées et toutes deux égales comme dans la coutume de Vitry. Dans certaines coutumes elles

sont omises toutes deux. Dans ce dernier cas c'est l'omission du principe de conservation. Au premier, c'est l'omission de la distinction ordinaire entre la famille de la nature et la famille de la civilisation.

4. La réserve coutumière se déploie sur une échelle dont le premier degré est zéro et le dernier l'inaliénabilité de tous les immeubles et d'une partie des meubles. Cette inaliénabilité est plus ou moins complète, ainsi que nous l'avons fait observer déjà, soit à raison de la nature des biens qu'elle frappe, selon qu'il s'agit de meubles, d'immeubles, de propres ou d'acquêts; soit à raison de la manière dont l'aliénation en est interdite, testament, don entre vifs, titre gratuit, acte onéreux. L'interdiction d'aliéner à titre onéreux est la restriction la plus complète. Elle avait anciennement lieu dans certaines coutumes qui défendaient d'aliéner même à titre onéreux quelque partie que ce fût du patrimoine de la famille sans le consentement de l'héritier.

5. La légitime de droit est ordinairement *de fait* plus forte que la réserve. On peut en donner deux raisons, l'une morale, l'autre matérielle en quelque sorte. La raison morale consiste en ce que la famille de la nature est plus essentielle, plus nécessaire que la famille de la civilisation; les liens de la famille de la civilisation sont moins puissans, moins sacrés que ceux de la famille de la nature. La raison matérielle consiste en ce que toutes les restrictions à la faculté de disposer à l'extérieur de la famille étant réelles plutôt que personnelles, elles s'appliquent sans distinction partout où existe le patrimoine ou la portion du patrimoine qu'elles affectent. Elles passent donc nécessairement à la famille de la nature. Les restrictions qui affectent celle-ci étant au contraire per-

sonnelles, elles ne passent pas à la réserve coutumière; en sorte que la légitime a toujours au moins les restrictions de la réserve coutumière et le plus souvent en outre ses propres restrictions personnelles.

6. La légitime de droit et la réserve coutumière se développent sur deux échelles parallèles dont les gradations correspondantes sont analogues. Ainsi dans les coutumes de Douay et de Valenciennes la faculté de disposer illimitée, dans la famille de la nature, correspond à la même faculté dans la famille de la civilisation. Dans la coutume de Bourbonnais à la légitime du quart correspond la simple prohibition de disposer hors mariage. Dans celle de Laons à la faculté de disposer de la moitié des propres entre vifs et de tous meubles et acquêts par testament dans la famille de la nature, correspond celle de disposer entre vifs et par testament de tous biens propres et autres, sauf les deux tiers du fief réservés dans les deux familles et ainsi de suite. En un mot en parcourant le tableau qui précède on peut s'assurer que toutes les coutumes ont ou bien une réserve et une légitime identiques, comme celle de Vitry, ou bien une réserve un peu moins puissante que la légitime, mais conservant néanmoins avec elle, par le retour des mêmes prohibitions ou leur similitude, un caractère d'analogie bien prononcé. Elles ne diffèrent que du plus au moins.

Il faut excepter les coutumes qui n'établissent pas de légitime et dans lesquelles la jurisprudence, par un esprit d'équité, y supplée en admettant la légitime de la coutume de Paris ou celle du droit écrit. Cette légitime d'interprétation ne se trouve plus en harmonie avec les dispositions des mêmes coutumes sur la réserve coutu-

mière qui subit une foule de variations indépendamment de la fixité de la légitime.

7. La légitime de droit et la réserve coutumière ont un caractère et un objet différens. La légitime de droit a pour objet l'intérêt personnel des enfans. La réserve coutumière s'occupe de la conservation du patrimoine de la famille. L'une et l'autre ont pour raison le principe de conservation, mais il semble que ce principe a un caractère de personnalité dans la légitime de droit qui lui manque dans la réserve coutumière. Cette différence n'est pas à négliger. La réalité de la réserve coutumière a des effets inconnus à la légitime de droit.

74. Le principe de conservation qui limite la faculté de disposer peut être considéré sous deux aspects, à l'intérieur de la famille et à son extérieur. A l'extérieur de la famille de la civilisation il produit l'inaliénabilité plus ou moins complète du patrimoine, il n'est que la conservation du patrimoine. A l'intérieur il a un caractère différent, c'est l'obligation de transmettre à l'héritier du sang une portion suffisante et convenable de notre patrimoine. Ces deux idées, quoiqu'elles se rattachent au même principe, ont néanmoins une nuance de différence bien prononcée. Dans le premier cas, la conservation du patrimoine de la famille, prise en masse, repose sur des raisons d'ordre public, indépendantes de la considération personnelle des enfans. Mais à l'intérieur, c'est cette considération personnelle qui détermine le législateur. Le but qu'il se propose est d'assurer à ceux-ci la subsistance et un état, c'est-à-dire la position sociale que le père a dû leur transmettre.

Il existe, par la nature des choses, une différence analogue dans la matière des rapports. Le rapport en di-

recte ainsi que le rapport en collatérale se fonde sur le principe d'ordre ; mais ce principe se décompose en deux notions distinctes, celle de conservation et celle d'égalité. La notion d'égalité demeure la même pour le rapport en directe que pour le rapport en collatérale. Mais, comme nous venons de le voir, celle de conservation reçoit une nuance différente. Dans la ligne directe il s'agit de conserver à un fils assez pour subsister et remplir dans la société le rang qu'on y occupe; cette obligation est inhérente à la personne même de l'enfant et prend sa source dans le lien du sang qui unit si étroitement le disposant et ses héritiers directs; mais en collatérale cette intimité de lien n'existe plus, le principe de conservation s'atténue en tant que personnel, il acquiert une sorte de réalité. Il prend sa source alors non plus dans l'intimité du sang, mais dans la nécessité d'ordre public qui veut que le patrimoine de la famille ne soit pas dissipé, qu'il demeure autant que cela est possible dans les mêmes mains. Cette réalité du principe de conservation combinée avec la notion négative d'égalité donne au rapport en collatérale un caractère de réalité plutôt que de personnalité. Or, ce résultat nous y étions déjà arrivé par une autre voie, lorsque nous avons fait observer que le rapport en collatérale se modifie par la nature de l'objet donné et par le mode de disposition, tandis qu'en directe son intensité se calcule sur le degré de résistance qu'il oppose à la volonté soit du disposant, soit de l'héritier, c'est-à-dire selon que la dispense du rapport peut ou non être prononcée, selon que l'enfant peut ou ne peut pas s'y soustraire en renonçant.

Le rapport en directe a un caractère de personnalité,

et la preuve n'en devient-elle pas évidente par la disposition de ces coutumes qui admettent le rapport même en renonçant? Si le rapport a lieu même en renonçant, ce n'est donc pas la qualité d'héritier qui y donne lieu, mais bien celle toute personnelle d'enfant.

Le rapport en collatérale a un caractère de réalité, et c'est sans doute ce qui fait qu'il a lieu, quels que soient les degrés d'éloignement auxquels se trouvent placés les héritiers du sang. Tous ceux de ces héritiers qui sont en degrés utiles pour succéder sont également tenus au rapport et ont également le droit de l'exiger. Ce n'est donc point le lien de parenté, l'intimité du sang que l'on considère, mais plutôt la qualité de copartageant. Cependant cette qualité de copartageant ne suffit pas. Il faut que l'héritier ait droit comme membre de la famille au partage des biens; mais, du moment que ce droit existe, l'égalité vient produire le rapport. Cette sorte de réalité semble résulter des termes mêmes dans lesquels sont conçues plusieurs de nos coutumes, *sont tenus au rapport tous héritiers qui ont reçu.*

Ainsi dans une législation qui admet au partage tous les héritiers du sang sans distinction, conséquemment sans aucun égard ni à la proximité des degrés ni à la nature des liens de parenté, le rapport doit avoir un caractère de réalité plutôt que de personnalité. L'héritier qui renoncera à la qualité d'héritier n'en sera point tenu et les obligations auxquelles le rapport donnera lieu prendront principalement leur source dans cette sorte d'équité toute matérielle pour ainsi dire qui veut que les personnes appelées au partage d'une même chose se fassent respectivement raison de ce qu'elles se doivent.

Tel est le caractère du rapport dans notre code civil français.

75. Jusqu'ici nous avons comparé individuellement et dans leurs ordres respectifs les termes restrictifs de la faculté de disposer : rapport en directe, rapport en collatérale; légitime de droit, réserve coutumière. Pour comparer ces quatre termes et observer leurs analogies dans toutes les combinaisons possibles, il est nécessaire de s'élever à des considérations plus générales.

On peut considérer l'ensemble des héritiers comme un groupe qui possède une force attractive du patrimoine. C'est la famille dans toute sa compréhension. Cette force attractive du patrimoine diminue dans chacune des personnes qui composent la famille ou le groupe familial en raison de sa distance non pas toujours de l'auteur commun, mais du point central autour duquel se placent les personnes qui composent ce groupe.

La distribution du patrimoine s'opère suivant deux lois ou puissances : une puissance individuelle ou conservatrice de l'individu, une puissance groupante ou conservatrice du groupe.

Le droit détermine et classifie par différentes règles, d'après un principe abstrait ou même arbitraire, les nombreuses relations du groupe familial : mais ces règles, quelque conséquentes qu'elles puissent être au principe juridique adopté, doivent fléchir devant l'indomptable nature dont la première loi, dans tout ordre social qui repose sur la famille, est la puissance conservatrice du groupe familial.

Les principes ou règles de droit sont donc toujours soumis à la nécessité de produire ou d'amener un résultat final plus ou moins conservateur de ce groupe,

quelle que soit la puissance qu'ils accordent à l'individualité. Cette nécessité naturelle ou cette force des choses fait que les deux lois génératrices s'associent de telle sorte dans chaque système successoral, que la puissance conservatrice est pondérée suivant certains rapports avec la puissance de dispersion qui, dans sa neutralité, s'exprime par l'absence de raisons de préférence. A mesure que l'inaliénabilité du patrimoine diminue et qu'elle fait place à la faculté de disposer, le principe négatif ou neutre du partage égal tend à se transformer et à se poser lui-même comme principe positif sous l'expression de *légitime* due à tous les cohéritiers. En d'autres termes, là où l'enfant ne peut plus par la loi du rapport venir réclamer une part égale dans le patrimoine commun rendu plus ou moins complètement inaliénable, il se présente en vertu de sa personnalité propre et demande une quotité *raisonnable* de ce patrimoine. Cette dernière position est à peu près identique avec le point de départ, l'inaliénabilité absolue du patrimoine unie à l'égalité de partage; mais il s'est fait une évolution ou une sorte de *ricorso* dont chaque degré faisait perdre à la loi de l'inaliénabilité quelque chose de sa force conservatrice, cette force passant selon la même mesure dans la loi du partage égal ou principe d'indifférence et devenant par là successivement légitime aux enfans, légitime aux collatéraux et ascendans les plus proches et enfin légitime à tous les cohéritiers. Cette gradation qui n'est parfaitement exacte qu'en pure théorie pourrait être rendue sensible en figurant un cercle, ou mieux une ellipse divisée en un certain nombre de degrés, sur lesquels on écrirait toutes les variations des coutumes en matière de rapport et de réserve depuis l'inaliénabilité ab-

solue jusqu'à la faculté de disposer la plus illimitée, ou depuis le point culminant de notre système successoral jusqu'à son degré le moins élevé. On pourrait sur la seconde moitié du cercle ou de l'ellipse former une série correspondante inverse et analogiquement symétrique comprenant les variations du droit écrit ou de celles de nos coutumes qui s'en rapprochent le plus depuis l'admission de la faculté testamentaire en principe, qui est le point culminant du système successoral du droit écrit jusqu'à l'extinction graduelle et successive de cette faculté par la rigueur des entraves qu'y apporte le principe conservateur exprimé sous la forme individuelle de légitime et de légitime due à tous les cohéritiers.

C'est ce que nous avons essayé de faire dans le tableau B, dont la seule inspection fait voir la correspondance que nous venons d'indiquer, ainsi que l'accroissement proportionnel et antagoniste tout à la fois, dans chaque degré, du principe d'ordre et du principe de conservation.

Pour bien saisir cette loi de proportion et cet antagonisme entre nos deux principes, ainsi que la manière dont ils se combinent en se réalisant l'un et l'autre, il faut se rappeler ici ce que nous entendons par principe d'ordre. C'est le principe de conservation combiné avec l'indifférence ou l'absence de raisons de préférence. Le principe groupant et le principe individuel ont donc toujours un côté positif commun, le principe ou la force de conservation.

Le principe groupant ou conservateur du groupe n'est pas le principe de conservation *in abstracto*, en général. Il y a antagonisme entre le principe groupant et le principe individuel, il n'y a pas antagonisme entre le prin-

cipe individuel et le principe de conservation, pas plus qu'entre le principe groupant et ce même principe de conservation. De là l'absence simultanée du rapport et de la légitime dans les coutumes qui ne sont pas conservatrices. Ce qui n'empêche pas que dans celles qui le sont, il y ait antagonisme entre le principe individuel et le principe groupant, fondés tous deux sur le principe de conservation en général par leur côté positif. En d'autres termes il peut n'y avoir ni rapport ni légitime, mais ces deux institutions sont antagonistes et rivalisent entre elles, pour exprimer, chacune par des voies et sous une forme différente, le principe de conservation *in abstracto*.

76. Entre enfans l'obligation du rapport suppose l'existence du principe de conservation au moins à l'intérieur de la famille. La légitime existe comme principe positif de conservation dans les coutumes qui exigent ce rapport avec le plus de rigueur; et dans celles qui ne l'exigent pas ou dans lesquelles ce principe s'exprime avec moins d'énergie, le principe de conservation à l'intérieur s'affaiblit dans la même proportion.

Quant au rapport en collatérale, il est plus difficile d'apercevoir sa loi de corrélation avec les réserves ou restrictions patrimoniales. La faculté de disposer en collatérale est conservatrice. Le rapport en collatérale devrait donc avoir une tendance contraire, et être, si l'on peut s'exprimer ainsi, anti-conservateur. Cet aperçu semblerait justifié par bon nombre de coutumes qui sanctionnent rigoureusement l'obligation du rapport en ligne collatérale et ou néanmoins le principe de conservation dans la transmission successorale se trouve notablement affaibli dans la même ligne. Telle est la coutume de Blois par exemple. Anciennement elle ne

connaissait point la représentation, elle accordait aux époux une faculté de disposer illimitée, qu'il y eût enfans ou non, et elle admettait le rapport en collatérale comme en directe. Mais d'autres coutumes, comme Maine, Anjou, Touraine, admettent l'obligation du rapport en collatérale comme en directe, quoiqu'elles aient une légitime expresse plus forte que la réserve coutumière.

Tenons-nous donc à cette observation générale : l'obligation du rapport et celle de la réserve reposent sur des principes différens ; c'est pourquoi il n'existe entre ces deux termes aucune loi de relation constante. En collatérale comme en directe, le rapport qui a pour objet l'égalité de conditions entre cohéritiers a pour raison le principe de conservation combiné avec l'absence de raisons de préférence. Mais en directe la conservation prédomine dans le principe d'ordre et en collatérale c'est l'absence de raisons de préférence. Le rapport en collatérale est de sa nature moins conservateur qu'il ne l'est en directe. Cette remarque suffit pour expliquer certaines marques d'opposition que l'on observe dans plusieurs coutumes entre le rapport en collatérale et les réserves ou les autres dispositions du système successoral qui expriment le principe de conservation.

77. Quand le principe individuel atteint une certaine force, il prend une attitude ferme et une expression régulière qu'il n'avait pas avant de s'être élevé à ce degré d'énergie. Le rapport en collatérale, la réserve par donation entre vifs, la légitime déterminée par la coutume et plus forte que la restriction patrimoniale apparaissent en même temps.

En deçà de ce terme la plupart des coutumes ont une

position indécise et l'expression de leurs principes n'est pas exactement arrêtée. — Restrictions à la faculté de disposer du patrimoine de la famille, mais par testament seulement. — Légitime, mais légitime d'interprétation, légitime de droit expresse ou non. — Rapport en collatérale, mais réduit à la forme subalterne de l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire.

78. Ordinairement l'obligation du rapport n'est la même en directe et en collatérale que dans les coutumes qui n'ont pas la distinction généralement admise entre la famille de la nature et la famille de la civilisation. Ces coutumes le plus souvent ne font pas de différence entre la réserve au cas d'enfans et la restriction patrimoniale. C'est une observation que nous avons déjà faite.

Il n'en est pas de même *vice versâ*. La différence entre la restriction patrimoniale de la famille et la réserve au cas d'enfans ne produit pas toujours une différence correspondante dans l'expression du rapport en collatérale et en directe. Seulement on peut remarquer que le rapport n'existe jamais que dans les coutumes où le principe de conservation se manifeste, au moins quand il y a des enfans, par quelque prohibition conservatrice du patrimoine.

Le principe d'ordre qui fonde l'obligation du rapport se composant de deux élémens : conservation, indifférence ou absence de raisons de préférence, la variation de l'un ou de l'autre de ces deux élémens suffit pour produire dans la loi du rapport une variation correspondante. C'est ce qui explique le désaccord apparent qui existe entre l'expression du rapport et celle de la légitime.

Le rapport suppose une force de transmission légale

ou de conservation : c'est son élément positif. A son défaut il s'éteint. Dans toutes les coutumes où l'obligation du rapport existe, il doit donc se manifester dans le système successoral une force ou tendance de conservation qui laisse presque toujours des traces dans la fixation d'une légitime ou dans une restriction patrimoniale qui comprend celle-ci. Mais l'obligation du rapport n'est pas graduée sur l'intensité de ce principe parce qu'il exige un autre élément, l'absence de raisons de préférence, en sorte que le rapport peut ne pas exister là où le principe de conservation a encore conservé beaucoup de force dans le système successoral. C'est ce qui arrive dans les coutumes qui accordent beaucoup ou à la faveur du mariage, ou aux associations conventionnelles, ou à la volonté du père, parce que dans ces coutumes il naît, par l'effet de ces circonstances, une raison concrète et contingente de préférence qui est précisément destructive du principe fondateur de l'égalité de conditions, l'absence de raisons de préférence. Dans les pays de droit écrit, par exemple, où le testament, c'est-à-dire, la préférence du père est la règle et la succession légitime l'exception, non seulement il n'y a pas absence de rapport ou de disposition formelle qui l'exige, mais encore il est expressément dit que l'on peut faire l'un de ses héritiers meilleur que l'autre, la légitime sauve.

79. Il existe entre le système des rapports et celui des légitimes un antagonisme frappant. N'y a-t-il point de rapport ? Les enfans se prennent à l'obligation de la légitime. Cette légitime est plus rigoureuse et mieux précisée. C'est ce qui a lieu dans les pays de droit écrit. N'y a-t-il pas de légitime, mais seulement une sorte d'inaliénabilité du

patrimoine de la famille plus ou moins absolue ? Le rapport acquiert plus de force et de généralité, dans ce cas le rapport existe le plus souvent même en collatérale. C'est le cas des coutumes qui n'ont pas admis la distinction ordinaire entre la famille de la nature et celle de la civilisation.

Ainsi de deux choses l'une : ou le patrimoine est réservé intégralement ou à peu près, chaque enfant y prend une part égale par l'effet du rapport. Cette part se trouve donc elle-même exactement déterminée : ou la liberté de disposer est le principe ; alors l'égalité de parts disparaît et la légitime légalement fixée vient suppléer à l'obligation du rapport. On voit donc que l'antagonisme des deux principes tend à ramener constamment à une sorte de communauté de résultats les termes extrêmes du principe individuel et du principe groupant.

Cette sorte d'antagonisme disparaît et se fond ou devient moins sensible dans un grand nombre de coutumes mixtes ou mitoyennes qui admettent selon certaines proportions la légitime et le rapport simultanément. Leur expression dépend de la proportion dans laquelle s'unissent l'un et l'autre principe. Il s'évanouit complètement ou plutôt ne peut pas s'exprimer là où le principe de conservation *in abstracto* perd toute sa force et s'éteint.

A mesure que cela arrive, c'est-à-dire, à mesure que le principe de conservation *in abstracto* s'affaiblit et s'oblitère, on voit disparaître des coutumes les dispositions régulatrices de la faculté de disposer dans l'ordre suivant : égalité de partage et rapport en collatérale, égalité et rapport en directe, légitime individuelle, réserve patrimoniale au cas du moins où il existe des enfans. Cet ordre de disparition des termes respectifs

de nos principes met à nu la génération naturelle de ces principes. Le principe groupant produit et conserve le patrimoine familial, d'où prohibition de disposer de la partie de la fortune qui représente le patrimoine familial, ne fût-ce que le principal manoir. — Le principe groupant est le principe conservateur, le conservateur du groupe, c'est le principe qui se pose le premier. Vient ensuite la légitime qui n'est toujours que le principe conservateur exprimé sous la forme individuelle. La légitime n'est pas précisément ou n'est pas seulement le principe conservateur de l'individu, c'est aussi le principe conservateur du groupe familial exprimé sous une forme individuelle. En cela la légitime diffère du rapport qui est, lui, le principe individuel ou conservateur de l'individu par opposition et opposé au principe conservateur de la famille. — Ainsi le principe conservateur se pose le premier et il s'exprime d'abord sous la forme de principe groupant, puis sous la forme de principe individuel : réserve familiale, légitime. Au principe groupant s'oppose comme principe positif le principe individuel, ils agissent l'un et l'autre sur le même objet, le second divise et soumet au partage égal ce que le premier resserre et unit. C'est le rapport entre enfans. — Enfin le principe individuel élevé à sa plus haute puissance, se pose comme principe positif en s'opposant toujours au principe groupant ou conservateur du groupe. C'est le rapport en collatérale qui a lieu aussi le plus souvent là où le principe groupant est élevé à sa plus haute puissance et s'exprime sous la forme de l'inaliénabilité de tous ou de la plus grande partie des biens patrimoniaux. Telle est la génération rationnelle et ordinaire des principes successoraux. Néanmoins le plus

ou moins grand degré d'énergie soit du principe groupant soit du principe individuel, fait que dans certaines coutumes l'un de ces principes obtient surtout dans ses termes les plus élevés, son expression propre, sans rencontrer celle de son principe antagoniste au même degré. Ainsi, par exemple, on trouve le rapport en collatérale là où il n'y a pas d'inaliénabilité patrimoniale et on trouve cette inaliénabilité sans le rapport en collatérale. Mais cette position est exceptionnelle, elle n'est pas rationnelle et normale.

NOTES

DU TROISIÈME CHAPITRE.

(1) Ce qui se rattache d'ailleurs à cette vérité plus générale exprimée par Hugo, qu'à mesure que la liberté de la constitution diminue les droits des non libres augmentent, les maîtres qui participent eux-mêmes au gouvernement ne se limitant pas volontiers entre eux. — « L'autorité paternelle, dit Montesquieu, est encore très-utile pour maintenir les mœurs. Dans une république il n'y a pas de force si réprimante que dans les autres gouvernemens. Il faut donc que les lois cherchent à y suppléer : elles le font par l'autorité paternelle.

» A Rome, les pères avaient droit de vie et de mort sur leurs enfans. A Lacédémone, chaque père avait droit de corriger l'enfant d'un autre. On peut voir dans l'histoire romaine avec quel avantage pour la république on se servit de cette puissance. Je ne parlerai que du temps de la plus grande corruption. Aulus Fulvius s'était mis en chemin pour aller trouver Catilina; son père le rappela et le fit mourir. *Sall. de bello Catil.* Plusieurs autres citoyens firent de même.

» La puissance paternelle se perdit à Rome avec la république. Dans les monarchies où l'on n'a que faire

de mœurs si pures, on veut que chacun vive sous la puissance des magistrats.

» Les lois de Rome qui avaient accoutumé les jeunes gens à la dépendance établirent une longue minorité. Peut-être avons-nous eu tort de prendre cet usage : dans une monarchie on n'a pas besoin de tant de contraintes.

» Cette même subordination dans la république y pourrait demander que le père restât pendant sa vie le maître des biens de ses enfans comme il fut réglé à Rome; mais cela n'est pas l'esprit de la monarchie. »

— « L'esclavage si dur sous la république romaine reçut sous les empereurs des adoucissemens et des limitations. Un rescrit d'Antonin le Pieux porte : « *Dominorum quidem potestatem in servos suos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum jus in servos suum detrahi, sed dominorum interest ne auxilium contrà sævitiam vel famem vel intolerabilem injuriam denegetur iis qui justè deprecantur.* Smith dit des noirs esclaves dans les Indes occidentales, qu'ils étaient mieux traités dans les îles françaises que dans les anglaises; Brougham le nie, mais il maintient en même temps que les Hollandais traitaient les nègres très-durement, les Espagnols et les Portugais très-doucement. Cependant d'autres circonstances pouvaient contribuer à ce résultat plus que la constitution. » Hugo.

(2) En Angleterre l'autorité paternelle, loin d'être puissante comme elle le fut à Rome, est au contraire excessivement restreinte. Elle se réduit presque à un droit modéré de correction et au consentement pour le mariage. Elle ne procure même pas au père l'usufruit des biens de ses enfans pendant leur minorité, il est tenu de leur rendre compte à leur majorité. Cette majorité est précoce, et du moment qu'elle est survenue, les enfans ne doivent plus aux auteurs de leurs jours rien autre chose que le respect. D'un autre côté la faculté de disposer est illimitée. L'ancienne légitime dont l'origine fut toujours mal connue, fixée sous le nom de *rationabilis pars bonorum* au tiers dû à la veuve et aux enfans a fini par disparaître devant la force progressive du principe de transmissibilité qui fait le caractère propre de la propriété industrielle. Aujourd'hui un parti-

culier peut à son gré disposer de tous ses biens personnels par testament sans aucun égard aux droits de la veuve des enfans et des autres parens.

(3) « Lorsque vinrent les âges de civilisation avec les gouvernemens populaires, l'intelligence s'éveilla dans ces grandes assemblées. Les droits abstraits et généraux furent dits *consistere in intellectu juris*. L'intelligence consiste ici à comprendre l'intention que le législateur a exprimée dans la loi, intention que désigne le mot *jus*. En effet, cette intention fut celle des citoyens qui s'accordaient dans la conception d'un intérêt raisonnable qui leur fût commun à tous. Ils durent comprendre que cet intérêt était spirituel de sa nature, puisque tous les droits qui ne s'exercent point sur des choses corporelles, *nudo jure*, furent dits par eux *in intellectu juris consistere*. Puis donc que les droits sont des modes de la substance spirituelle. Ils sont indivisibles et par conséquent éternels; car la corruption n'est autre chose que la division des parties. Les interprètes du droit romain ont fait consister toute la gloire de la métaphysique légale dans l'examen de l'indivisibilité des droits en traitant la fameuse matière *de dividuis et individuis*. Mais ils n'ont point considéré l'autre caractère des droits non moins important que le premier, leur éternité. Il aurait dû pourtant les frapper dans ces deux règles qu'ils établissent, 1. *Cessante fine legis cessat lex*, il ne disent point *cessante ratione*; en effet, le but, la fin de la loi, c'est l'intérêt des causes traité avec égalité. Cette fin peut changer; mais la raison de la loi étant une conformité de la loi au fait entouré de telles circonstances, toutes les fois que les mêmes circonstances se représentent la raison de la loi les domine vivante, impérissable. 2. *Tempus non est modus constituendi vel dissolvendi juris*; en effet, le temps ne peut commencer ni finir ce qui est éternel. Dans les usucapions, dans les prescriptions, le temps ne finit point les droits pas plus qu'il ne les a produits; il prouve seulement que celui qui les avait a voulu s'en dépouiller. Quoiqu'on dise que l'usufruit prend fin, il ne faut pas croire que le droit finisse pour cela; il ne fait que se dégager d'une servitude pour retourner à sa liberté pre-

mière. De là nous tirerons deux corollaires de la plus haute importance. Premièrement les droits étant éternels dans l'intelligence, autrement dit dans leur variété infinie, sont les modifications diverses de la puissance du premier homme et du domaine, du droit de propriété qu'il eut sur toute la terre. » Vico, p. 350.

Nota. Le tableau C se comprend à la seule inspection. — Chacune des lignes qui se rendent du centre du principe d'ordre au périmètre de l'ellipse et qui aboutissent aux degrés 1, 2, 3, 4, exprime les différentes forces ou modifications du principe d'ordre, et chacune des lignes qui partent du point central du principe de conservation pour se rendre aux mêmes degrés, exprime les diverses modifications de la légitime ou de la restriction patrimoniale. Chacune des lignes brisées qui joignent les deux foyers de l'ellipse, comprend *un accord* légal des modifications de ces deux forces; c'est-à-dire que si l'on a au principe d'ordre *absence plus ou moins absolue d'égalité entre enfans*, on a au principe de conservation, *absence légale de restrictions à la faculté de disposer à l'intérieur et à l'extérieur*. Si l'on a au principe d'ordre *absence de rapport, aucun ne peut être héritier et légataire*, on a au principe de conservation *restriction patrimoniale*, et ainsi de suite. Ces corrélations résultent invariablement des tableaux comparatifs de la faculté de disposer de toutes nos coutumes, et peuvent, vu le petit nombre d'exceptions, être considérées comme constantes. Quant au droit écrit dont les relations sont exprimées dans la partie inférieure symétrique du tableau à la première et que nous avons appelé ordre subversif, ces lois de corrélation, bien que leur existence se sente parfaitement dans l'ensemble et la marche générale de ses dispositions, y sont beaucoup moins précises et il faut y attacher moins d'importance.

CAHPITRE IV.

Des Rapports.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

1. *Le rapport est une sorte de révocation légale, la réduction une véritable rescision. Deux motifs différens peuvent être considérés comme servant de base à la faculté de disposer.*

82. *Raison de la fréquence des changemens législatifs en matière de rapports et de la difficulté d'en systématiser les principes.*

83. *Division de ce chapitre.*

81. Quand un don excède la quotité disponible, il est rescindé suivant l'expression de Duplessix. Cette rescision est ce que nous nommons aujourd'hui réduction. Quand il n'excède pas la quotité disponible, l'avantage qui en résulte en faveur de l'héritier donataire est seulement soumis à une sorte de révocation, c'est le rapport. Le rapport est fondé sur le vœu de l'égalité entre cohéritiers. A la différence de la conservation des patrimoines des familles, l'égalité entre cohéritiers quelque favorable qu'elle soit, n'est pas d'ordre public. Le père peut y déroger par sa volonté expresse. L'espèce de

révocation légale que produit le rapport s'exerce avec toutes sortes de ménagemens. Mais la réduction est une véritable rescision, l'acte est frappé de nullité pour tout ce qui excède la quotité disponible déterminée par la loi, et cette nullité atteint le patrimoine successoral aux mains mêmes des étrangers ou des tiers auxquels il est parvenu.

Les modes établis par la loi pour ramener en-deçà de certaines limites les dispositions à titre gratuit se rattachent en général à deux motifs différens, savoir : le vœu de l'égalité, la prohibition de s'avantager ou de s'avantager au-delà d'une certaine quotité. Le rapport n'a d'autre fondement que le vœu de l'égalité, de l'égalité de condition si naturelle entre cohéritiers et surtout entre enfans. Mais la réduction en matière successorale de même que le remploi en matière de communauté a pour fondement une prohibition formelle et légale, l'incapacité de donner et de recevoir ou de donner et de recevoir au-delà d'une certaine quotité. L'objet commun du rapport et de la réduction n'en est pas moins toujours la rentrée ou le retour des biens induement transmis pour qu'ils reçoivent la destination voulue par la loi. C'est là leur côté extérieur commun; mais le rapport qui ne se fonde que sur le vœu de l'égalité n'exprime qu'une tendance, une direction imprimée et reçue, la réduction et le remploi dont la raison est une prohibition formelle, ont des effets tout autrement rigoureux et inflexibles. Ici, quelque forme que prenne la volonté des contractans, elle ne peut absolument franchir les limites posées par la loi.

Cette différence de nature entre la réduction et le rapport, avait produit sous l'empire de la coutume de

Paris une différence analogue dans leurs effets. Au cas du rapport, le donataire avoit toujours la liberté de rapporter l'héritage en nature ou son estimation. Dans celui de la réduction, il devait rapporter l'excédent en nature « et s'il en avait plus eu que ne se monterait sadite portion, il sera tenu d'en faire le retour réel. »

82. La réduction est la rentrée dans le patrimoine de la famille des biens destinés à son accroissement et à sa conservation, qui se trouvent, au décès du père, dans une autre famille.

Le rapport est la rentrée dans le patrimoine commun des biens qui se trouvent à l'époque du décès ès-mains d'un des membres de la famille, pour que la distribution s'en fasse entre tous dans les proportions et suivant le mode voulus par la loi.

L'une et l'autre institution se trouvent sur les limites de deux facultés ou forces contraires: d'une part la liberté de disposer inhérente au droit de propriété, de l'autre le principe de conservation pour la réduction, le principe d'ordre pour le rapport, principe d'ordre qui n'est lui-même que le principe de conservation individualisé ou modifié par l'absence de raisons de préférence entre cohéritiers.

C'est sans doute à cette position particulière de ces deux institutions qu'il faut attribuer la fréquence des changemens législatifs auxquels elles ont été soumises. Dès que l'un des deux principes contraires auxquels elles servent de limite venait à s'étendre au détriment de l'autre ou à se combiner diversement avec lui il déplaçait la limite. En ce qui concerne les rapports en particulier, il y a peu de matière dans le droit qu'on ait été obligé de retoucher plus souvent par de nouveaux motifs

d'équité. A mesure que la marche progressive des idées et de l'esprit public firent modifier le système des successions, il devenait nécessaire de reculer les limites du droit de disposer et les rapports réfléchissant d'autant plus parfaitement le principe substantiel, fondement de chaque système successoral qu'ils en faisaient plus intimement partie intégrante, recevaient eux-mêmes par là une direction, une base, une raison nouvelles. De là l'extrême difficulté d'établir des principes généraux sur cette importante matière. Elle est essentiellement mobile ou progressive et sa nature est d'exprimer dans ses principes mêmes les variations législatives qu'elle limite et reflète.

83. Nonobstant ce progrès ou développement incessant du rapport en matière de successions, il conserve toujours dans toutes les législations certains caractères constitutifs permanens. Nous tâcherons de les faire ressortir de l'ordre naturel des faits; ce sera l'objet d'une première section. Dans la seconde nous exposerons ses effets résolutoires; dans la troisième nous grouperons et comparerons par voie de rapprochement différentes espèces de droits qui ont avec le rapport une analogie plus ou moins directe.

PREMIÈRE SECTION.

Nature du Rapport.

SOMMAIRE.

84. *Ce que fut le rapport à Rome dans l'ancien et dans le nouveau droit.*

85. *Déduction logique des principes généraux du droit formellement contraire aux déductions légales.*

86. *En France suivant des usages anciens les enfans mariés étaient exclus de la succession comme l'avaient été les émancipés à Rome. C'est pour remédier à cette rigueur que fut imaginée la présomption d'avancement d'hoirie. Dumoulin pensait que les enfans avantagés étaient dans la nécessité de se porter héritiers sous peine de voir résoudre leur don. Texte.*

87. *Suite. Plusieurs coutumes en contenaient une disposition formelle. Importance de bien entendre la nature de cette présomption d'avancement d'hoirie.*

88. *Sa nature exceptionnelle.*

89. *Cette fiction est contraire à la nature et rejetée par le code.*

90. *Le rapport comprend deux choses : rentrée dans la famille de la personne de l'enfant qui en était sortie. Remise en commun des biens qu'il avait reçus ou qu'il s'était acquis par une économie séparée.*

91. *Phases et modifications successives de l'obligation du rapport. On ne doit pas admettre comme principes les conséquences qui en résultent.*

92. *Preuves directes que la présomption d'avancement d'hoirie n'est pas la raison fondamentale et génératrice des rapports.*

93. *Le système du code en matière de rapports n'est ni celui de la loi du 17 nivôse an II, ni celui de la loi du 4 germinal an VIII. Il tient une sorte de milieu entre les systèmes de l'une et de l'autre de ces deux lois.*

84. Le fils de famille naturellement associé aux travaux du père, partageant avec lui l'accroissement ou les pertes du patrimoine commun, était considéré à Rome au décès de celui-ci comme se succédant à soi-même, *suus hæres*. Il demeurait dans la détention de la fortune paternelle, fruit en grande partie de ses sueurs et considérée comme sa fortune propre.

Mais en sortant de la puissance paternelle par l'émancipation, il perdait ses droits à l'héritage patrimonial et se voyait déchu du titre si favorable d'héritier sien. Ce fut donc par une indulgence spéciale que le préteur l'appela à la succession concurremment avec les autres membres de la famille qui n'avaient pas quitté la maison paternelle ou qui du moins n'avaient pas cessé de participer à la collaboration commune. Cet avantage fut conféré aux enfans émancipés par la possession *contrà tabulas* et par le titre *unde liberi*.

L'héritier sien, *suus hæres*, n'avait rien en propre; tout ce qu'il acquérait était versé en commun et devenait le patrimoine du père; le fils émancipé au con-

traire, exclu de la famille, profitait seul du fruit de son travail et pouvait se créer une fortune indépendante et personnelle. Il y aurait donc eu de l'injustice d'admettre à la succession ces deux sortes d'héritiers en concours sans avoir égard à cette circonstance. Il parut équitable au préteur que les enfans émancipés qui voudraient prendre part à l'héritage paternel eussent préalablement à y reverser le produit de leurs économies et de leur industrie séparée, *consequens esse credit ut sua quoque bona in medium conferant qui appetunt paterna.*

Rien de plus simple ni de plus naturel. Chacun applaudit à l'équité du magistrat qui exige que l'émancipé pour être admis concurremment avec l'héritier sien à prendre part à la succession du père y ait préalablement remis ce qu'il s'est acquis privativement dans un temps où restés dans la famille ses frères travaillaient à l'accroissement du patrimoine commun. Cette disposition législative a bien réellement pour objet d'établir ou plutôt de rétablir l'égalité entre les héritiers. Elle est fondée tout entière sur l'équité et nullement sur la volonté directe ou présumée du père, lequel, au contraire, en émancipant ses enfans, avait dû croire qu'ils ne seraient pas appelés à sa succession, on dont souvent même le préteur avait, sous quelque prétexte, réformé les dernières dispositions par la possession *contra tabulas*.

Mais les dispositions du nouveau droit en matière de rapport sont tout-à-fait différentes et leur esprit n'est pas aussi facile à saisir.

Dans l'ancien droit romain le rapport n'était exigé que des enfans émancipés en concours avec les héritiers siens. Il n'avait point lieu si tous les hé ritiersétaien siens ou tous émancipés; dans le nouveau droit le rap-

port a également lieu dans tous les cas. Dans l'ancien droit le rapport se faisait du pécule des émancipés; il ne se fait au contraire dans le nouveau que des biens profectices; dans l'ancien droit les rapports n'avaient lieu que dans les successions *ab intestat*, dans le nouveau les enfans rapportent toujours, soit qu'ils viennent comme héritiers *ab intestat* ou comme héritiers testamentaires. Par l'ancien droit le rapport était toujours défendu quand il n'était pas précisément ordonné. *L. emancipatus C. de collat.*; et par le dernier droit il est toujours présumé ordonné s'il n'est précisément défendu. *Auth. ex testamento C. de collat.* On voit et quel progrès a fait le principe d'ordre sous l'empire du nouveau droit et quel espace ont parcouru les idées entre l'une et l'autre époques. C'est évidemment ce dernier système dont le législateur français s'est le plus rapproché.

85. Il est de principe en thèse générale que les héritiers, donataires ou légataires, sont en tout ce qui concerne leur don ou legs considérés comme étrangers.

La donation ou le legs ont pour effet direct et nécessaire de transférer irrévocablement la propriété des choses données ou léguées.

Une succession ne se compose que de ce qui s'y trouve réellement à l'époque du décès. Les choses antérieurement aliénées n'en font pas partie.

Donc les héritiers donataires ou légataires doivent concourir avec les autres héritiers comme s'ils n'avaient rien reçu et être admis avec eux à la succession pour des parts égales.

Il est évident toutefois que chacun étant le maître d'apposer telle condition que bon lui semble à sa libé-

ralité, les héritiers doivent être tenus au rapport s'ils n'ont reçu qu'à cette condition.

Ces déductions logiques des principes généraux du droit commun conduiraient à une disposition ainsi conçue : Tout héritier donataire ou légataire viendra à succession concurremment avec les autres héritiers sans aucun égard à son don ou legs et ne sera tenu au rapport qu'autant que la libéralité qui lui a été faite en aura été expressément grevée. Disposition formellement contraire à celle de l'art. 843 du code civil.

Ou le don est pur et simple et dans ce cas la conséquence juridique repousse le rapport.

Ou il est avancement d'hoirie et alors non seulement le rapport est dû, mais l'héritier donataire est tenu d'accepter la succession sous peine de perdre tout droit à une libéralité qui n'en est qu'une délibation. Le rapport serait donc dû même en renonçant.

Néanmoins ici, comme dans presque toutes les collisions de principes, le code n'a suivi franchement ni l'un ni l'autre systèmes. En admettant le rapport il ramène doucement à l'égalité qui est le vœu de la loi, en permettant à l'héritier de se tenir à son don en renonçant, il fait une concession au droit de propriété et à la libre faculté de disposer et de recevoir, mais il a commis une inconséquence et une déviation des déductions exactes des principes posés. Il fallait, en effet, comme nous venons de le voir opter, entre l'une ou l'autre de ces hypothèses : don avancement d'hoirie, auquel cas le donataire ne reçoit qu'en qualité d'héritier, don pur et simple ou absolu, auquel cas il est, en tant que donataire, tout à fait étranger à l'hérédité.

86. Pour mieux faire sentir cette inconséquence il

devient nécessaire de remonter à l'origine du rapport dans notre droit coutumier et d'en retracer l'historique jusqu'à notre code.

Nous venons de voir qu'en droit romain le rapport ne fut dans le principe qu'un retour à l'équité et la condition de la rentrée dans la famille de ceux des enfans qui en étaient sortis par l'émancipation. L'obligation n'en fut étendue que dans la suite et successivement à tous les héritiers, qu'ils fussent institués ou non par testament. Nous retrouvons en droit français un développement analogue.

Par la loi salique les seuls mâles succédaient aux terres libres; mais les formules de Marculfe nous apprennent qu'il était libre au père d'appeler les filles par institution. En l'année 1160, Guillaume, comte de Forcalquier, établit par un statut que la fille dotée ne pourrait revenir à la succession.

« Suivant des usages anciens, dit M. Merlin au *Répertoire*, qui avaient lieu à Paris bien avant la rédaction de la coutume, les enfans mariés étaient exclus comme émancipés de la succession de leurs père et mère, si ce droit de succéder ne leur avait été réservé par leur contrat de mariage. Quand ils étaient tous mariés ils succédaient alors tous sans rapporter ce qui leur avait été donné.

» Ce fut pour abolir cet usage qu'il fut dit dans l'article 278 de la coutume de Paris « meubles ou immeubles donnés par père et mère à leurs enfans sont réputés donnés en avancement d'hoirie. » D'après cet article la clause en avancement d'hoirie devenait absolument inutile. Cependant elle subsista par l'effet de l'habitude, mais elle était seulement regardée comme de style. C'est

ce qu'apprend de Laurière sur cet article 278. Les observations de cet auteur sont ordinairement historiques et elles en sont d'autant plus utiles pour se pénétrer de l'esprit de la coutume.

» Dumoulin, imbu de l'esprit des usages anciens, soutint que celui qui avait eu un avancement d'hoirie était obligé de se porter héritier ou de rendre ce qu'il avait reçu. Mais cette opinion parut outrée et ce fut pour qu'elle n'eût plus lieu que l'article 307 fut ajouté à la coutume lors de sa réformation. C'est ce qu'enseigne encore de Laurière sur cet article 307 qui est ainsi conçu : « Néanmoins, où celui auquel on aurait donné se voudrait tenir à son don faire le peut, en s'abstenant de l'hérédité la légitime réservée aux autres enfans. »

» L'opinion d'un jurisconsulte tel que Dumoulin devait avoir des partisans. Elle était suivie dans quelques coutumes de la Belgique ainsi que l'apprend Ghewiet dans ses *institutions du droit belgique*, part. 2, tit. 4, p. 17, art. 3. Plusieurs coutumes, dit-il, veulent que celui qui aurait eu une donation ou autre avantage particulier puisse s'y tenir en renonçant à la succession, mais au défaut d'une pareille disposition de la coutume on fait ordinairement cette différence, *nisi talis donatio facta sit in anticipationem successionis, quia tunc etiam abstinens debet eam omittere vel succedens conferre*. Voilà l'opinion de Dumoulin. »

» Mais écoutons ce grand jurisconsulte s'exprimer lui-même :

« Quand père et mère ont donné à leurs enfans ou aucun d'eux aucun héritage, tel héritage est réputé donné en avancement d'hoirie. Art. 159 de la coutume de Paris.

« *Ille articulus apertè intelligitur propriè capiendo de donatione factâ et generali et informi causâ liberalitatis non autem ex certâ specificâ causâ ut dotis, vel precise ex causâ donationis irrevocabilis; quia tunc cùm appareat de certâ specificâ causâ illi est standum nec præsumendum quòd sit in anticipationem successionis quia certis non est locus conjecturis. Si autem non constat de causâ et motivo speciali procedit conjectura hujus articuli qui præsumit datum in anticipationem successionis et sic erit effectus quòd* si non vult esse hæres debet restituere cum fructibus per condictionem ob causam.

» *Ita videtur intelligi consuetudo secundùm verba sed videtur quòd non sit talis sensus, quia si ita esset, sequeretur quòd talis donatio nullo modo valeret nisi in commodo fructuum medii temporis ante successionem et ultrà quòd semper possit donator pœnitere aut revocare aut alias disponere. Sicut de judicio ultimæ voluntatis et de legato à testatore soluto et præstito : tum ferè videtur quòd rarò aut numquàm esset locus huic articulo quia omnes donationes habent clausulas omnino huic intellectui repugnantes, videlicet donationes meræ inter vivos et irrevocabiles : ergò non potest esse mera anticipatio successionis : potest dici quòd etiam est vera donatio et irrevocabilis : sed tamen tanquàm futuro heredi, et ejus contemplatione facta, ideò si non velit posteà esse heres, ab eo repetitur sicut aliam ob causam data : secus in dotis ob dotem vel aliam specificam causam quia si velit esse heres confert, aliàs retinet. Ego puto quòd clausula irrevocabilitatis facit quòd non est data meré in advantagium : quia si non sit heres retinebit, sed tamen si etiam tanquàm heres futurus erit fraus, art.* 19. *Quin imò videtur æquius quòd nisi sit justa causa omninò restituere tenebitur si non sit heres.* »

Il règne dans cette opinion de Dumoulin un ton d'hésitation remarquable. Il faut faire attention cependant

que ses doutes ne tombent pas sur les conséquences qui résultent de l'avancement d'hoirie, mais sur la question de savoir si le don est ou non avancement d'hoirie, question qui consiste en fait.

C'est qu'il se trouve là une difficulté sérieuse. La présomption d'avancement d'hoirie posée, Dumoulin en conclut que le donataire ne peut retenir son avantage qu'autant qu'il se porte héritier. La conséquence est directe et légitime. Ce que nous avons reçu en une qualité ne peut nous demeurer qu'autant que nous conservons la qualité dans laquelle nous avons reçu et sur laquelle notre droit se fonde. Mais la présomption d'avancement d'hoirie; on n'y arrive que par la recherche de la volonté tacite du disposant. Première difficulté d'interprétation. Puis si l'on prend cette volonté pour fondement de la présomption, il faut aussi admettre les conséquences qui en résultent et dire que l'on ne peut conserver son don qu'en qualité d'héritier. Comment concilier un système qui donne pour raison des rapports la volonté du testateur avec la disposition légale qui permet de retenir son don en renonçant? Seconde difficulté. Il faut reconnaître ici que la loi ramène doucement la volonté du disposant à la sienne propre, mais qu'elle semble craindre d'imposer des prescriptions inflexibles, lorsqu'elle rencontre une volonté formelle soit du disposant soit du donataire qui résiste à son vœu. A la différence des réductions les rapports ne sont pas d'ordre public.

87. « La faculté donnée aux enfans par l'article 307, dit Ferrière sur la coutume de Paris, de pouvoir se tenir aux avantages qui leur ont été faits en renonçant à la succession du donateur leur père ou mère, a été prise

de la constitution des empereurs Dioclétien et Maximien en la loi *ex causâ*, 25 *C. fam. ercisc.*, en laquelle ils disent parlant de la succession de l'aïeul, *ex causâ donationis vel aliundè tibi quæsita ; si avi successionem respueris, conferre fratribus compelli non potes.*

M. Charles Dumoulin, sur l'art 17, n. 4 de l'ancienne coutume était d'avis que la faculté de répudier la succession en se contentant de la chose donnée sans être tenu de la rapporter n'avait lieu qu'au cas que la donation fût pure et simple, mais que si elle était faite *nominatim* en avancement d'hoirie, le donataire était obligé de se porter héritier, si mieux n'aimait rendre aux autres héritiers ou créanciers du défunt ce qui lui avait été donné.

Rapprochons encore ici le texte même de Dumoulin; Voici ce qu'il dit :

« Sed si causa anticipationis non sit expressa sed vera donatio et irrevocabilis, fortè mentione factâ benè meritorum sed in genere pro stylo consueto et non in specie, si filius donatarius non velit esse heres *resolvitur donatio, tanquàm causâ finali non secutâ*; et res revertetur ad causam successionis ad commodum quorumcumque etiam remotiorum et collatæralium heredum. Vel etiam ad commodum creditorum qui fortè nullo se gerente pro herede facient deputari curatorem bonis seu hereditati jacenti. Non licet igitur hoc casu filio se tenere ad donationem sibi factam abstinendo à successione sed necesse habet vel adire vel rem donatam restituere ; et solùm lucratur fructus perceptos durante vitâ patris donatoris, liberum est filio, si velit abstinere se ab hereditate donatoris et dono suo se contentare nec tenebitur ad aliqua onera hereditaria. »

Dumoulin ne fut pas le seul jurisconsulte qui eût compris cette conséquence naturelle de la présomption d'avancement d'hoirie. Elle avait été admise dans un certain nombre de coutumes, dans celles d'égalité absolue où le principe du rapport élevé à un plus grand degré de force engendrait les conséquences qui lui sont propres et suffisait à soutenir tous ses résultats naturels. La coutume de Normandie en particulier non seulement interdit la faculté de se tenir à son don en renonçant, mais elle en donne pour raison la présomption d'avancement d'hoirie. « Le père et la mère ne peuvent avantager l'un de leurs enfans plus que l'autre, soit de meuble ou d'héritage, parce que toutes donations faites par le père ou la mère à leurs enfans sont réputées comme avancement d'hoirie réservé le tiers de ceux. »

Il faut donc examiner la nature de cette présomption d'avancement d'hoirie, rechercher si elle est vraiment le principe générateur du rapport et la filiation des règles qui constituent juridiquement cette institution. Sans un examen attentif on court risque, comme l'ont fait plusieurs écrivains d'un grand mérite, de se méprendre grossièrement sur le sens de ces règles et en leur donnant une fécondité qui leur manque et dans l'ordre logique des idées et dans l'ordre historique des faits, de présenter sous un faux jour toute cette importante matière.

88. Suivant les usages anciens de Paris les enfans mariés étaient exclus comme émancipés de la succession de leurs père et mère. Ce fut pour abolir cet usage injuste que l'on inséra dans la coutume une disposition portant que les dons faits par père et mère à leurs enfans sont réputés en avancement d'hoirie. Ce n'est donc

pas la présomption d'avancement d'hoirie, qui est le fondement primitif des rapports ; dans l'origine au contraire nos coutumes avaient établi une égalité absolue entre les héritiers et ce fut pour éluder cette égalité rigoureuse qu'on imagina de renoncer à la qualité d'héritier. Ainsi nous avons rencontré en fait, l'origine de ces deux règles : en renonçant à la succession l'obligation du rapport cesse. Tout don fait par les pères et mères à leurs enfans est réputé avancement d'hoirie. L'une et l'autre sont des exceptions aux principes introduits par les mœurs nationales qui exigeaient d'une part l'égalité absolue entre héritiers, de l'autre l'exclusion des enfans mariés de la succession de leurs pères et mères, comme étant sortis de la famille par l'émancipation que produit le mariage.

Ces régles sont survenues par voie de conséquence. Ce sont des exceptions aux principes fondamentaux des rapports ; elles ne peuvent donc être de nouveau érigées elles-mêmes en principes. Elles sont stériles, et ne s'étendent pas au-delà des cas précis pour lesquels elles ont été faites.

89. « Quand père et mère ont donné à leurs enfans ou aucun d'eux, aucun héritage, tel héritage est réputé donné en avancement d'hoirie. »

Il suffit de s'arrêter aux conséquences de cette présomption d'avancement d'hoirie érigée en disposition légale par l'article 159 de la coutume pour être frappé de la bizarre position qu'elle suppose avoir été prise par le législateur et de l'incohérence de ses résultats.

Si la nécessité du rapport dérive d'une présomption d'avancement d'hoirie, c'est sur la volonté seule du père de famille que repose l'obligation de ce retour. Il fau-

serait donc admettre qu'en faisant un don le père de famille a eu présent à la pensée le moment de sa mort et qu'en conférant à son héritier une propriété absolue et irrévocable dans les termes, il n'a voulu que lui donner un usufruit qui devait expirer à son décès. Convenons-en, telle n'est pas en général l'intention des donateurs. Tout entier dominé par un sentiment de bienveillance spéciale, dans l'expansion de sa générosité le donateur entend transférer d'une manière actuelle et irrévocable. Il veut faire jouir de la faveur de son don le donataire et sa postérité. Un bienfait que l'on doit reprendre mérite à peine ce nom. D'ailleurs les épanchemens de la reconnaissance ou de l'amitié, les réjouissances d'un mariage au milieu desquelles se déploie le plus souvent la libéralité des pères, laissent peu d'accès aux tristes retours et aux réflexions pénibles qu'amènerait la pensée de la mort et de la distribution de leur patrimoine entre d'avides héritiers. Faire reposer l'obligation du rapport sur la volonté présumée du père de famille, c'est donc s'écarter de la nature et de la vérité.

Et quelle serait la conséquence de cette fiction? Ce serait, dit Dumoulin, l'anéantissement absolu de la donation au cas où le donataire ne se porterait pas héritier. « Si non constat de causâ et motivo speciali procedit conjectura hujus articuli qui præsumit datum in anticipationem successionis et sic erit effectus quòd si non vult esse heres debet restituere *cum fructibus* per condictionem ob causam. »

Ainsi la conséquence naturelle résultant de ces expressions de la coutume « est réputé donné en avancement d'hoirie », c'est que le père n'a voulu donner à son enfant qu'en sa qualité future d'héritier et que si celui-ci

renonce à cette qualité en répudiant l'hérédité paternelle, il perd à l'instant même tout droit à son don. La conséquence de Dumoulin est nécessaire et directe.

Dans le fait néanmoins la décision contraire a prévalu et le code dont les principes sur les rapports ne diffèrent pas essentiellement de ceux de notre droit coutumier, dispose formellement qu'il est libre à l'héritier avantagé de se tenir à son don en renonçant. Proposition contradictoire avec celle déduite par Dumonlin de la présomption d'avancement d'hoirie qui aujourd'hui encore est donnée par les auteurs comme le fondement de l'obligation de rapporter.

Ce point est intéressant à éclaircir; car dans la solution des difficultés nombreuses auxquelles donne lieu l'importante matière des rapports, un des principaux embarras est de savoir si l'on doit prendre pour base la volonté expresse ou présumée du père de famille, ou bien au contraire si l'esprit de la loi n'est pas de ramener doucement cette volonté à l'égalité entre enfans et entre cohéritiers qui est le vœu de la nature.

Dumoulin n'hésite que sur l'existence de la présomption, mais cette présomption une fois admise, il en déduit sans balancer la nécessité du rapport en renonçant rejetée par notre code.

Il finit néanmoins par décider que cette conséquence qui résulte des termes de la coutume, que l'enfant ne peut prétendre à son don qu'autant qu'il se porte héritier et qu'il est tenu de le rapporter s'il renonce, ne devient inapplicable qu'au cas où une clause expresse, exclusive de la présomption d'avancement d'hoirie, a été apposée au don. Cette exclusion lui paraît résulter

suffisamment de ce que la libéralité a en pour objet une constitution de dot ou bien encore de ce que la clause d'irrévocabilité y a été jointe. La raison de cette décision est facile à apercevoir. Tous les dons entre vifs sont irrévocables de leur nature, mais la coutume affectait ceux faits à des successibles de la présomption d'avancement d'hoirie. Cette disposition de la coutume qui n'a pas été reproduite par le code, suffisait pour faire cesser le principe général de l'irrévocabilité des dons entre vifs, à moins que ce principe n'eût été maintenu et confirmé par la volonté expresse des contractans.

Ainsi de toute cette doctrine de Dumoulin qui, comme on le voit, est rigoureusement déduite des principes du droit commun appliqués à la fiction de la coutume que tout don est avancement d'hoirie, il résulte que l'enfant ne peut être réduit à conserver son don qu'autant qu'il se porte héritier et qu'il ne peut le retenir en renonçant, conséquence directement contraire à la disposition des art. 843 et 845 du code civil. Il est donc démontré que la fiction d'avancement d'hoirie est rejetée de notre nouvelle législation ou que du moins elle doit y être entendue dans un sens restrictif et ne pas s'étendre au-delà des cas auxquels elle a pu recevoir une application légale et formelle.

90. Par la nature des choses et dans toutes les législation où l'esprit de famille est respecté, le patrimoine est affecté à l'existence et à la conservation de la famille. D'où deux conséquences également certaines et fécondes : la première, que ce patrimoine ne peut être imprudemment transféré à des étrangers; la seconde, que les enfans eux-mêmes n'y ont droit qu'autant qu'ils continuent de faire partie de la famille. Cette dernière

conséquence excluait à Rome les émancipés, les enfans adoptés par une famille étrangère; en France dans nos coutumes et notamment dans celle de Paris, les filles mariées. Ce n'était pas la dot, mais le mariage qui les excluait du patrimoine commun, parce que le mariage et les rattachant à une nouvelle famille, les faisait sortir de celle dans laquelle ils étaient nés.

Telle fut dans son origine cette disposition législative dont l'application parut dure quand les mœurs se furent adoucies et dont la modification donna naissance au rapport. Une fille mariée qui n'avait reçu que la dot la plus minime ou même qui avait été mariée sans dot, se trouvait écartée par ses frères et sœurs restés dans la maison paternelle pour cette unique raison bien fondée en principe, mais véritablement sévère, que le mariage l'avait fait passer dans une autre famille. On sait qu'à Rome les enfans émancipés se trouvaient précisément dans la même position. Pour corriger cet excès de rigueur on fit rentrer les enfans ainsi exclus dans leur famille native, mais à la condition de toute justice qu'ils eussent à remettre dans le patrimoine commun ce qu'ils en avaient tiré. Ainsi quand on définit le rapport le rétablissement dans la masse commune de ce qui en était sorti pour l'avantage d'un des successibles, on donne une notion exacte mais incomplète et qui seule ne suffit pas pour faire connaître la nature du rapport. Le rapport fut la rentrée dans la famille du successible qui en avait été exclus et le rétablissement des biens reçus par lui du vivant du père, qui n'était que la condition de cette rentrée. Ou si on l'aime mieux, le rapport fut la condition sous laquelle l'enfant sorti de la famille fut admis de nouveau à en faire partie, pour prendre

part au partage du patrimoine commun. De là deux conséquences également importantes. La première c'est que le rapport n'établit pas précisément une égalité arithmétique, une parité absolue de portions héréditaires, mais plutôt l'égalité de conditions entre enfans; savoir entre les enfans exclus de la famille par l'émancipation et le mariage et ceux qui n'avaient pas cessé d'en faire partie. La seconde conséquence est que ce n'est point la volonté du père de famille réelle ou présumée qui opère soit cette rentrée soit cette obligation du rapport, mais le progrès de l'esprit public et l'adoucissement des mœurs revêtus de la sanction légale. C'est une dérogation à la sévérité des règles constitutives de la famille qui a fait passer dans la législation le vœu généralement senti que tous les enfans fussent indistinctement admis et traités de la même manière dans l'hérédité paternelle, sans égard aux événemens qui les avaient détachés de leur famille natives. Le rapport est donc fondé sur une raison d'équité en tant qu'il opère la rentrée dans la famille du successible exclus et sur une raison de justice rigoureuse en tant qu'il exige comme condition de cette rentrée la restitution des avantages qui lui avaient été faits.

91. Mais quelque vivement qu'elle fut réclamée par l'esprit nouveau, on dut éprouver quelque embarras pour faire passer cette modification dans la loi; car elle était contraire à l'exactitude des principes. On imagina la fiction d'avancement. On dit : tout don fait à un successible, à quelqu'occasion et de quelque manière que ce soit, sera toujours censé fait en avancement d'hoirie. On fit ainsi reposer sur la volonté présumée du père, une disposition législative, qui, dans la vérité, tendait à détruire cette volonté et dont les conséquences sont en

opposition avec cette autre disposition également admise par un adoucissement à la rigueur des principes, que l'enfant peut en renonçant se tenir à son don.

La fiction d'avancement d'hoirie n'est donc susceptible d'aucune extension conformément à cette règle d'interprétation enseignée par le chancelier Bacon dans son traité *legum leges: ratio prolifica consuetudo sterilis esto.*

Ce sont ces modifications ou ces phases progressives, qui jettent de l'obscurité sur la matière ce qui rendent très-difficile de saisir en définitive ce que notre législation sur les rapports a conservé de son ancien esprit. Car voici ce qui a été dit successivement :

Egalité absolue entre les héritiers; d'où incompatibilité des qualités de donataire ou légataire et d'héritier, et rapport.

Première dérogation : si cependant un don a été fait à un héritier il pourra le retenir en renonçant à cette qualité.

Seconde dérogation : le disposant pourra même dispenser l'héritier donataire de la loi de l'égalité en l'exemptant du rapport.

Si le donataire n'est tenu au rapport qu'autant qu'il vient à succession, son don est connexe à la qualité d'héritier; il est donc un avancement d'hoirie. La première dérogation tend donc naturellement à cette conséquence, tout don fait à un successible est avancement d'hoirie.

La seconde dérogation conduit aussi naturellement à cette autre conséquence ; la volonté du disposant est la loi suprême et c'est à la recherche de ses intentions que se réduit l'interprétation des dispositions en matière de rapports.

Mais ces conséquences, quoique liées aux dispositions d'où on les déduit et se rattachant à une même idée conductrice, sont fausses par trop de généralité. La raison en est que les généraliser c'est violer cette règle d'interprétation, qui veut que les exceptions au principe de la loi ne soient pas étendues au de-là des cas précis que le législateur a exprimés.

Si donc on les érigeait elles-mêmes en principes comme l'ont fait plusieurs jurisconsultes, on serait conduit aux erreurs les plus graves. La règle d'interprétation qu'on vient de citer suffirait seule pour le démontrer *à priori*. On peut s'en convaincre encore davantage en observant la contradiction qui existe entre ces deux maximes ainsi énoncées d'une manière absolue et le principe d'égalité entre héritiers consacré par la loi.

92. La conséquence de la première dérogation, tout don fait à un héritier est avancement d'hoirie, conduirait à l'anéantissement de toutes les libéralités faites à des successibles et à la destruction de cette disposition légale, qui permet de se tenir à son don en renonçant

La conséquence de la seconde, la volonté du disposant est la loi suprême, renverserait entièrement la théorie des rapports, qui sont une réduction de la volonté du disposant à celle de la loi.

Il est d'ailleurs facile de donner des preuves immédiates et directes que la présomption d'avancement d'hoirie n'est pas la raison fondamentale et génératrice des rapports. Le rapport des legs qui révoque complètement la disposition et ne la laisse pas subsister même quant aux fruits, le démontre jusqu'à l'évidence. Cette révocation écrite dans la loi ne pourrait absolument se concilier avec la présomption d'avancement d'hoirie qu'à l'aide

d'une clause dérogatoire expresse ou tacite. *Si ita scripsero, quod Titio infra legavero id neque do neque lego, quod infra legatum erit non valebit. l. 12 p. interdum ff. de legatis.* 1. Il faudrait donc supposer, pour maintenir que le rapport est toujours le résultat de la volonté du disposant une clause dérogatoire ainsi conçue : je veux que tous les legs que je ferai à mes héritiers soient nuls et de nul effet. Mais de pareilles clauses dérogatoires générales outre qu'elles ne peuvent se supposer gratuitement, sont aussi contraires à la raison qu'aux principes du droit, d'après lesquels personne ne peut s'interdire d'une manière absolue de disposer de sa propriété : *Nemo eam sibi potest legem dicere ut a priori ei recedere non liceat.*

La nécessité du rapport vient du vœu de l'égalité entre cohéritiers.

La faculté de renoncer pour s'en tenir à son don est une exception que plusieurs coutumes regardaient même comme frauduleuse et qu'elles prohibaient formellement.

Donc encore une fois ce n'est pas la présomption d'avancement d'hoirie qui fait le fondement des rapports.

Les rapports n'ont donc pour fondement ni la faveur des enfans auxquels ils nuisent quelquefois, ni la volonté présumée du père de famille qu'ils anéantissent souvent et modifient presque toujours, ni l'égalité des partages qu'ils ne produisent pas nécessairement et qu'ils peuvent quelquefois détruire, mais égalité de conditions entre cohéritiers. C'est une atteinte portée au pouvoir facultatif de disposer de ses biens dans l'objet, après qu'ils sont rentrés dans le patrimoine commun, de les partager entre les héritiers du sang d'une manière conforme à l'intérêt public et à la volonté de la loi.

93. La loi du 17 nivôse an 2 avait adopté en matière de rapport les dispositions des coutumes d'égalité parfaite, « les successions des pères, mères ou autres ascendans et des parens collatéraux, portait son article 2, seront partagées également entre les enfans, descendans ou héritiers en ligne collatéralenonobstant toutes lois, coutumes, donations, testamens et partages.......... en conséquence les enfans descendans et héritiers en ligne collatérale ne pourront même en renonçant à ces successions se dispenser de rapporter ce qu'ils auront eu à titre gratuit, par l'effet de donations que leur auront faites leurs ascendans ou leurs parens collatéraux. »

La loi du 4 germinal an 8 en ordonna autrement. Après avoir étendu la faculté de disposer au-delà des limites qu'avait fixées la loi du 17 nivôse an 2 elle ajouta article 5 » les libéralités autorisées par la présente loi pourront être faites au profit des enfans ou autres successibles du disposant sans qu'ils soient sujets à rapport.

Notre code civil semble tenir une sorte de milieu entre ces deux lois. Il exige rigoureusement le rapport à moins qu'il n'y en ait une dispense expresse. Mais à la différence de la loi de nivôse quand cette dispense a été exprimée l'obligation du rapport cesse et l'égalité entre héritiers n'est pas absolue.

SECONDE SECTION.

Ses effets résolutoires.

94. *L'obligation de rapporter est conditionnelle.*

95. *Elle est affectée d'une condition résolutoire potestative.*

96. *Développement doctrinal sur la nature de cette condition. Enonciation rationnelle de l'obligation du rapport.*

97. *Cette condition étant potestative comment se fait-il que l'événement ait un effet rétroactif au préjudice des tiers. Réponse et justification de la nature juridique du rapport.*

98. *Réfutation de la théorie de M. Chabot.*

99. *Il y a trois manières différentes d'envisager l'obligation conditionnelle du rapport mais une seule est rationnelle.*

100. *Pourquoi l'effet rétroactif du rapport n'atteint pas les fruits perçus dans le temps intermédiaire.*

101. *L'obligation de rapporter est prépostère mais elle n'est pas purement potestative.*

L'action de rapporter renferme deux actes distincts dont l'un est caché mais sous-entendu *fictione brevis manus*, savoir l'acceptation de l'hérédité et l'autre découvert qui est le rapport. Le rapport n'étant qu'une suite et une conséquence de l'occupation de l'hérédité, celui qui rapporte est nécessairement censé accepter

l'hérédité en vertu de la maxime, *qui vult consequens vult necessario antecedens*; tellement que le rapport et l'acceptation sont deux corrélatifs nécessaires, ils sont la condition l'un de l'autre; celui qui rapporte accepte, celui qui accepte s'oblige au rapport.

Le rapport est dû si l'héritier accepte. Cette condition tacite si l'héritier accepte rend-elle le rapport conditionnel?

L'affirmative nous paraît évidente. La loi *conditiones* 99 ff. de condit. et demonst. donne il est vrai pour règle que les conditions qui ne sont pas exprimées dans les testamens et qui viennent *extrinsecùs* comme tacitement sous-entendues et inhérentes ne rendent pas le legs conditionnel, et l'on pourrait argumenter de ce texte pour prétendre que la condition légale de venir à succession ne rend pas le rapport conditionnel. Mais ce serait une méprise évidente, car cette loi ne parle que de la disposition testamentaire et non de l'obligation de rapporter (1). On pourrait donc en conclure seulement que le legs n'est pas conditionnel, mais non que l'obligation de le rapporter ne l'est pas. M. Chabot a prouvé que ce n'est pas à proprement parler le legs qui est affecté de la condition de rapporter, mais la vocation légale à la succession, proposition que l'on peut légitimement renverser, puisque la vocation à la succession et l'obligation du rapport sont deux corrélatifs. C'est donc évidemment l'obligation du rapport et non le legs qui est affecté de la condition s'il vient à succession. Examinons de quelle nature est cette condition et si tous les effets qui s'attachent aux conditions de cette nature appartiennent indistinctement à la condition qui affecte l'obligation du rapport.

95. L'adition d'hérédité qui affecte le rapport est une condition puisque l'obligation du rapport en dépend. Cette condition est potestative, puisque le successible est toujours libre d'accepter ou de renoncer. Elle est résolutoire, puisque les renonciations à succession ne se présument pas de la part des héritiers du sang et que le rapport est dû à moins que l'héritier ne renonce.

Dans les contrats les conditions résolutoires potestatives ont un effet rétroactif au temps de la convention, par suite duquel les hypothèques et les autres charges intermédiaires sont résolues.

Mais si la condition potestative est purement suspensive, cet effet rétroactif disparaît et le créancier intermédiaire est préféré parce que dans l'origine il n'y a pas de volonté, par conséquent pas de contrat ni d'obligation même en espérance. L. 9, p. 1 ff. *qui potiores*. Aussi l'effet rétroactif ne cesse t'il qu'à l'égard des conditions qui sont absolument potestatives.

La condition résolutoire même potestative a un effet rétroactif et résoud le contrat *pront ex tunc*. Mais elle n'empêche pas le possesseur de bonne foi d'acquérir les fruits. Si elle résout l'obligation elle ne résout pas les faits. Or, c'est au fait de la possession que s'attache la perception et par conséquent l'acquisition des fruits, *fructus percipiendo suos facit*.

Les articles 869, 865, 856 du code civil ne sont que l'application de ces principes combinés avec la règle *inter personas conjunctas res non sunt amarè tractandæ*, qui domine toute cette matière.

Dans les legs, à la différence des contrats, la condition n'a pas d'effet rétroactif, elle ne rétroagit pas disent les jurisconsultes. Cette distinction qui au reste ne re-

çoit d'application qu'aux fruits des choses léguées ne produit aucune différence en matière de rapports. Ce n'est pas en effet, comme nous venons de le voir, la disposition mais la vocation légale qui est affectée d'une condition.

96. L'obligation du rapport a quelque chose de réel et quelque chose de personnel.

Cette obligation est réelle en ce qu'elle est une charge de la libéralité qui l'affecte *ab initio* et la suit en quelques mains qu'elle passe.

Elle est personnelle en ce qu'elle est une condition de la rentrée du donataire dans la famille, en ce qu'elle est imposée à l'héritier seulement dans l'intérêt de ses cohéritiers, en ce qu'enfin étant toujours libre à l'héritier de renoncer pour s'en tenir à son don elle a quelque chose d'électif et conséquemment de personnel.

Le rapport est une charge qui affecte la chose conditionnellement.

Il y a donc tout à la fois charge et condition. La charge de rapporter affecte la chose et non la personne. La condition de venir à succession affecte la charge et la personne. Le don ou legs n'est pas conditionnel, il est pur et simple, mais néanmoins affecté d'une charge. C'est cette charge de remettre à la masse ou de rapporter qui elle-même est soumise à une condition.

Si l'héritier vient à succession, il rapporte, l'obligation du rapport est donc conditionnelle.

Si l'héritier renonce à la succession il retient son don. La dispense du rapport est donc conditionnelle. Ces deux conditions sont potestatives.

L'héritier vient à la succession à condition qu'il rapporte. La vocation à la succession est donc non conditionnelle, mais modale ou affectée d'une charge. Cette

charge diffère de la simple condition renfermée dans les deux premières propositions en ce qu'elle n'est point potestative ; c'est-à-dire que, supposé que l'héritier vienne à succession il est nécessaire qu'il rapporte. Ainsi à parler exactement, le rapport, à l'égard de la vocation à la succession est une charge nécessaire ; il n'est ni une condition, ni une condition potestative.

L'héritier renonce à la succession s'il retient son don. Il n'y a ici à proprement parler ni condition ni mode parce qu'il n'y a pas de disposition. Il est facultatif à l'héritier de renoncer à la succession, facultatif aussi de conserver son don, seulement s'il veut retenir son don il faut qu'il renonce.

On voit donc que des quatre propositions précédentes il n'y en a que deux qui soient rationnelles :

L'héritier viendra à succession en rapportant ou s'il rapporte.

L'héritier pourra conserver son don en renonçant ou s'il renonce.

Ces deux propositions font de l'objet principal que l'héritier a en vue le fondement de l'énonciation. Au premier cas que se propose l'héritier? de venir à la succession; alors il faut qu'il rapporte. La vocation à la succession est donc dans la disposition, et le rapport dans la condition ou la charge. Dans le second cas que se propose t'il? De conserver son don qui est d'une plus grande valeur que l'émolument qu'il peut retirer de la succession. Le don est dans la disposition et la vocation à la succession dans la condition.

Il résulte de là que la seule manière exacte de s'exprimer est de dire : le rapport est la charge de la vocation

à la succession. La renonciation à la succession est la condition de la conservation du legs.

97. Nous avons vu qu'il est de principe que les conditions potestatives de la part du débiteur n'ont pas d'effet rétroactif. Le rapport n'étant dû que sous la condition suspensive potestative, *si le successible avantagé accepte la succession*, on demande comment il se fait néanmoins que l'accomplissement de cette condition résolve les hypothèques et autres charges créées sur l'héritage rapportable. Ici le rapport semble violer les principes des conditions potestatives et offrir une sorte d'anomalie.

Il est toujours libre à l'héritier de rapporter ou de ne pas le faire, puisqu'il dépend de sa volonté d'accepter la succession ou d'y renoncer. Dans les coutumes d'égalité il en était autrement. L'héritier même renonçant était soumis au rapport. Mais le code civil a permis par une disposition formelle au donataire de se tenir à son don en renonçant et nul n'est héritier qui ne veut.

Le rapport qui affecte *ab initio* et dès le temps de la donation les objets transférés à ce titre, dépend toujours de la condition tacite sous-entendue, si à l'époque du décès le donataire accepte la succession. Cette condition est évidemment potestative suspensive.

D'un autre côté qu'arrive t'il lorsque se fait le rapport et quel est l'effet de l'accomplissement de cette condition?

Les choses données entrent dans la masse de la succession et doivent s'y retrouver de la même manière que si elles n'en fussent jamais sorties. Ainsi leur valeur est celle qu'elles ont réellement à l'époque du partage, les hypothèques constituées au profit des tiers sont résolues, dans l'ancienne jurisprudence l'effet rétroactif du rap-

port allait jusqu'à changer la nature du titre de l'héritier collatéral, qui, s'il venait à partage, convertissait en propres les dons qu'il avait reçus et qu'il possédait comme acquêts. La rétroactivité du rapport était la même que celle résultant d'une faculté de rachat, d'une restitution pour lésion ou d'un retrait lignager ou féodal. C'est-à-dire que le rapport avait tous les effets d'une véritable condition résolutoire qui aurait affecté tacitement la chose donnée, dès l'époque du don.

Le rapport a donc les effets d'une condition résolutoire, mais c'est une résolution affectée d'une véritable condition, potestative suspensive, celle de venir à partage.

Cependant, tandis que la loi respecte les aliénations faites par l'héritier donataire, de peur de l'exposer à des recours désagréables, tandis qu'avec une attention délicate si on l'ose dire, elle lui permet de conserver l'immeuble reçu en don, quand il existe d'autres immeubles de pareille valeur dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers, elle n'a aucuns ménagemens pour les intérêts des tiers, elle anéantit les hypothèques consenties à des créanciers légitimes, ainsi que tous les autres droits réels dont il aurait affecté l'héritage et brise ainsi tous les liens formés par par la volonté du donataire elle-même. pour faire rentrer avec une sorte de violence, son don dans le patrimoine commun d'où il semble qu'à ses yeux il n'aurait jamais dû sortir.

Comment concilier une pareille rigueur avec les précautions que le législateur se montre toujours si soigneux de prendre pour conserver les intérêts des tiers, comment la concilier surtout avec cette règle en matière de

conditions potestatives, qu'elles sont censées accomplies lorsque celui qui y était soumis s'est opposé par son fait à leur accomplissement? Le donataire savait que s'il venait à succession il serait tenu au rapport, et dès lors en conférant librement à des tiers de bonne foi des droits réels sur l'immeuble reçu en don, ne s'est-il pas interdit ce même rapport qui ne peut plus désormais avoir lieu qu'à leur préjudice? En un mot il était libre de venir ou de ne pas venir à partage; mais en se mettant dans l'impossibilité de faire le rapport sans manquer à ses engagemens, n'avait-il pas aliéné ce droit et renoncé à la faculté d'accepter la succession future du donateur?

Il est aisé de répondre à ces objections.

Et d'abord il faut distinguer le cas où la condition potestative de la part du débiteur l'est d'une manière pure et simple, de celui où cette condition potestative est onéreuse. Je donne tel héritage à Mévius à condition qu'il me fera cent écus de rente. Je lui donne le même héritage à condition qu'il montera au capitole. L'une et l'autre conditions sont potestatives, mais la première est est onéreuse et la seconde ne l'est pas. La première fait naître une obligation puisqu'il y a engagement de payer une rente de trois cents écus d'une part et de l'autre transmission de l'héritage en vue de cet engagement. Mais la seconde n'étant pas onéreuse, consistant dans un fait insignifiant dont l'accomplissement ne confère aucun avantage au disposant, il n'y a pas à proprement parler de lien de droit; la condition ne peut donc ni s'y annexer dans sa forme spécifique, ni y produire d'effet rétroactif et anéantir les charges créées dans l'intervalle. Il en est de ce cas comme de la vente faite sous la condition résolutoire *si emptori displicuerit*, dans laquelle l'ac-

-complissement de la condition ne peut avoir d'effet rétroactif et faire résoudre les aliénations faites par l'acquéreur dans le temps intermédiaire. En contractant avec un tiers une obligation qui produit des effets irrévocables, l'acquéreur s'est interdit la faculté d'user de la résolution attachée à l'accomplissement ou au non accomplissement de la condition potestative.

Or, la condition d'accepter n'est pas purement potestative. Elle ne peut être assimilée aux conditions dont nous avons parlé, *si in capitolium ascenderit*, *si emptori displicuerit*, qui sont dans le libre arbitre de l'acquéreur. L'adition d'hérédité entraîne, quoiqu'elle dépende du libre arbitre de l'héritier, les conséquences les plus graves et qui peuvent, par suite du quasi-contrat qui en résulte, avoir pour effet son enrichissement ou sa ruine. L'acceptation de l'héritier est donc potestative *onéreuse* ou éventuellement telle, qualité qui ne suffit pas pour empêcher l'obligation de naître. Dès lors en se reportant à cette origine comme à la base solide sur laquelle elle repose, la condition produit un effet rétroactif et devrait, en principe, résoudre les actes aliénatifs faits dans le temps intermédiaire.

La seconde raison qui s'oppose à cette conséquence est que l'on n'est pas facilement présumé renoncer à son patrimoine successoral, que si l'aliénation des choses que l'héritier a reçues et qu'il sait devoir rapporter peut faire présumer qu'il y renoncera, cette présomption est combattue par des présomptions contraires résultant des dispositions naturelles aux successibles et conformes aux mœurs ordinaires des hommes, que d'ailleurs on ne peut même présumer une semblable renonciation directe ou indirecte puisque ce serait renoncer à une succession fu-

ture et qu'aux termes de l'article 1130 du code civil on ne peut faire aucunes conventions sur une pareille succession, pas même avec le consentement de la personne de qui elle provient.

On voit que les règles du rapport satisfont à tous les principes en matière de conditions et de charges, et qu'il suffit d'énoncer d'une manière rationnelle celles qu'il contient implicitement, pour retrouver cette parfaite concordance des principes dans toute leur exactitude juridique.

98. Que penser donc de la théorie des rapports enseignée par des jurisconsultes d'un grand mérite et du fondement qu'ils leur assignent?

« L'obligation du rapport, dit M. Chabot, est fondée sur la présomption ou que le défunt n'avait fait d'avance un don au successible que pour lui tenir lieu d'une partie de ce qu'il aurait à recueillir dans l'hérédité ou que le défunt n'aurait pas fait le don s'il avait prévu que le donataire deviendrait son héritier. »

En général on ne saurait trop se défier des fictions, elles ne peuvent être utiles qu'autant qu'elles sont employées avec discernement et avec la plus grande réserve. Mais il faut surtout se défier de celles qui ne résultent pas nécessairement des dispositions de la loi. Elles ne sont pas seulement inutiles mais encore dangereuses, et peuvent conduire aux conséquences les plus fausses.

Telle est celle enseignée ici par M. Chabot et sur laquelle il fait reposer l'obligation du rapport. Elle est en opposition avec l'esprit de la loi, parce qu'elle donne la volonté du père de famille pour fondement à des dispositions qui ont au contraire pour objet de la rectifier, de la ramener à la volonté de la loi. Elle est dangereuse, parce qu'elle conduirait à penser que l'intention du dis-

posant est le guide le plus sûr en matière de rapports, tandis qu'au contraire cette intention n'est accueillie par le législateur qu'autant qu'elle se produit sous la forme qui lui a été imposée, qu'avec une sorte de répugnance en quelque sorte, et cela par une conséquence résultant de la nature même des rapports qui sont une barrière indirecte à des libéralités défavorables.

Quoi donc! la personne qui fait un don à son successible prend-elle en considération la partie de son hérédité qui, à son décès, sera dévolue à ce successible? Ou si elle y pense, est-ce pour imputer sur cette portion la libéralité qu'elle lui confère, lorsqu'incontestablement sa volonté est au contraire de traiter cet héritier avec une préférence marquée sur tous les autres? Songe t'elle même le plus souvent, dans l'heureuse expansion des sentimens les plus doux, à son propre décès et à ses suites attristantes? Enfin, si la volonté présumée du disposant était le fondement des rapports, ne lui suffisait-il pas, puisque l'effet du rapport est de réduire à une simple jouissance un don même entre vifs de la pleine propriété, de conférer à l'héritier cette jouissance seule jusqu'à son décès, les droits du fisc devant d'ailleurs, à ce moyen, devenir beaucoup moins considérables?

99. Nous résumant, on voit qu'il y a trois manières d'envisager l'affectation conditionnelle du rapport.

Tout don ou legs fait à un successible est affecté de la condition résolutoire potestative s'il vient à partage.

La vocation à l'hérédité est affectée de la charge de rapporter les dons et legs.

La résolution des dons et legs s'opère si le successible vient à partage: en d'autres termes le fait et l'obligation

même du rapport sont affectés de la condition potestative suspensive, si le successible vient à partage.

Ces diverses manières d'énoncer l'obligation du rapport sont propres à mieux mettre dans tout leur jour sa nature et ses effets. Mais quand il s'agit d'établir une théorie et d'attacher aux dénominations que l'on emploie les conséquences juridiques que produisent les principes des conditions et leurs effets résolutoires il faut, sous peine de s'égarer, se tenir à la proposition rationnelle et analogue que la vocation à l'hérédité est affectée de la charge du rapport. Les autres énonciations ne sont que la même proposition dans un langage inverse et irrationel. On ne pourrait, sans la plus minutieuse attention, en tirer par voie de déduction logique, les conséquences que les docteurs attachent aux expressions sous lesquelles cette proposition primitive paraît pouvoir se transformer.

De ces trois propositions concernant le cas où l'héritier vient à partage une seule donc est rationnelle. C'est aussi celle qui se présente naturellement à l'esprit quand on considère le moment auquel le rapport doit s'opérer. Car alors l'héritier est appelé à la succession sous la charge de rapporter ce qu'il a reçu.

Quand on considère le moment où le don se fait, le rapport est futur : et si l'on cherche à exprimer l'idée sous laquelle il se présente alors, on dit naturellement que c'est une condition résolutoire, si le donataire vient à partage, c'est la seconde proposition.

Enfin la troisième proposition n'est pas à proprement parler l'expression du rapport, mais plutôt celle des effets du rapport, C'est relativement aux effets du rapport une sorte de futur antérieur. Si donc l'on veut mettre

de l'exactitude dans ses idées il est indispensable de s'arrêter à la première.

100. L'effet résolutoire du rapport anéantit les hypothèques et les autres charges réelles dont la chose donnée a été affectée dans le temps intermédiaire. Le législateur a soustrait à cette résolution les aliénations faites à des tiers pour éviter les recours désagréables qui en résulteraient contre l'héritier, mais on se demande pourquoi les fruits ont échappé à la rétroactivité de cette résolution.

Les motifs en sont tirés, les uns des principes rigoureux du droit, les autres de certaines considérations de justice et d'équité.

Soumettre à la restitution des fruits le possesseur de bonne foi dont le titre est résolu, ce serait non pas seulement le priver d'un gain, mais le soumettre à une perte réelle, ce serait convertir un acte de libéralité en une opération onéreuse, souvent ruineuse même pour l'acceptant. Les fruits sont perçus par parties et à des intervalles éloignés et la restitution serait exigée de leur totalité en une seule fois. Il arrive ordinairement que celui qui possède de bonne foi consomme, à mesure qu'il les perçoit, les fruits de l'héritage qui lui a été transféré, *lautiùs vixit* et par conséquent cette perception successive n'a point laissé de traces sensibles dans sa fortune, elle n'a pas augmenté son capital : la totalité de leur valeur serait donc à retrancher de ce même capital qui se trouverait par là diminué d'autant.

Une raison de droit rigoureux réclame d'ailleurs contre cette répétition injuste. Le titre d'acquisition des fruits diffère totalement du titre d'acquisition de l'héritage. Le fait de la perception pendant le cours d'une

possession de bonne foi, telle est la condition unique à laquelle la loi a attaché leur acquisition. Or la résolution du titre qui anéantit la translation primitive de la propriété, quoiqu'elle résolve incontestablement tous les effets de droit produits dans le temps intermédiaire, ne peut anéantir les faits consommés. La possession de bonne foi, la perception des fruits n'en ont pas moins existé aux yeux de la loi et cela suffit pour faire maintenir leur acquisition.

101. On appelle stipulation prépostère celle qui a lieu quand on fait une stipulation par avance pour une chose future qui peut arriver ou ne pas arriver. On distingue la stipulation prépostère sous une condition future potestative et la stipulation prépostère sous une condition purement casuelle non potestative. Dans celle qui contient une condition potestative le droit n'est acquis que du jour de l'accomplissement de la condition; dans celle sous une condition purement casuelle, l'obligation naît du jour de la stipulation. L. 11 ff *de Pignor.*

La femme qui stipule par son contrat de mariage le remploi en cas que ses héritages ou rentes soient vendus ou ses rentes rachetées pendant son mariage, par exemple, fait une stipulation prépostère; car elle stipule par avance un remploi ou une récompense en cas de vente et de rachat qui est une chose future, et cette stipulation contient une condition potestative à l'égard de la vente des propres, parce que le mari peut ne pas vendre les propres de sa femme. Cette condition dépend de lui et est en sa puissance.

Pareillement le rapport est sous une condition potestative, puisqu'il dépend de l'héritier de venir ou de ne pas venir à succession, et son obligation semble être prépostère, puisqu'elle doit exister ou ne pas exister se-

lon que le cas futur d'acceptation de la succession existera ou n'existera pas.

Le rapport est sous une condition potestative, la propriété du don n'est donc *incommutable* que lorsqu'il est devenu certain que la condition ne s'accomplira pas, car l'accomplissement de cette condition a des effets résolutoires. Si l'on appliquait à ce cas les principes de la condition prépostère potestative, on déciderait que le donataire qui a hypothéqué ou grevé son don d'une charge réelle quelconque s'est interdit la faculté de le rapporter à la succession libre de toutes charges, et cependant on décide le contraire. Nous en avons déjà donné une raison qui est que l'on n'est jamais présumé renoncer à l'héritage patrimonial et que cette renonciation n'est même pas licite, on peut ajouter que la propriété de la chose donnée bien qu'elle soit *irrévocable*, n'est pas cependant *incommutable* dans la personne du donataire. Les aliénations qu'il fait ne peuvent donc changer cette nature de sa propriété ni altérer une qualité qui lui est constitutive et inhérente.

Vous m'ouvrez un crédit et je vous consens une hypothèque sur tel immeuble au cas où je me déciderais à en faire usage.

L'hypothèque est frappée d'une condition potestative suspensive. Elle ne peut naître qu'au moment où l'emprunt sera fait. En hypothéquant à une autre personne dans l'intervalle je m'interdis la faculté de faire naître cette hypothèque antérieurement consentie.

La loi stipule que ma propriété sera résolue si je viens à partage. Cette condition de venir à partage est potestative mais résolutoire. Il en résulte que la conservation de ma propriété dépend de la condition de ne pas ve-

nir à partage. L'incommutabilité n'existe pas avant que cette condition soit accomplie : donc jusques-là les aliénations que j'ai faites sont résolubles. On peut dire encore : ma propriété est incommutable si je ne viens pas à partage. Cette condition, si je ne viens pas à partage, est suspensive potestative. Ma propriété ne deviendra incommutable que lorsqu'il sera certain que je ne viens pas à partage. Donc, jusques-là, je n'ai pu aliéner et le cas échéant, les aliénations que j'ai faites sont résolues.

Néanmoins cette incommutabilité de la propriété dépendant toujours de la volonté du donataire, il pourrait être considéré comme l'ayant confirmée et mise hors d'atteinte par les aliénations qu'il a faites ou les charges qu'il a créés, si à la présomption résultant de ces aliénations ne résistait une présomption plus forte, celle qu'on n'est pas facilement censé s'abstenir d'une hérédité légitime, et même la prohibition toute puissante et formelle de la loi qui défend toute convention sur une succession future. Art. 1130.

Il est vrai que Justinien a abrogé ces distinctions sur les obligations préposteres et a décidé que l'obligation naît du jour du contrat soit qu'il y ait ou non une condition potestative.

Mais le droit romain n'ayant plus d'autre autorité que celle de la raison, cette abrogation ne détruit pas pour nous la valeur de l'ancienne doctrine si elle est exacte en soi, et ne nous dispense pas conséquemment d'en peser les motifs.

Sur quoi pouvait-on se fonder pour décider que l'obligation contractée sous une condition potestative de la part du débiteur ne naissait que du jour de l'accom-

plissement de la condition? Evidemment sur ce que l'on n'est point obligé à une chose dont on peut se dispenser par un simple acte de sa volonté. C'est ainsi que celui qui s'oblige à compter mille écus s'il monte au Capitole, ne s'oblige à rien parce que le fait de monter au Capitole étant indifférent en soi, ne pouvant avoir aucun effet appréciable sur les intérêts du débiteur, c'est faire dépendre son engagement d'un simple acte de sa volonté. Dans ce cas l'ancienne doctrine des stipulations prépostères est parfaitement raisonnable et juste; les charges créées avant l'accomplissement de la condition détruisent l'obligation prépostère quand elles sont incompatibles avec elle.

Mais s'il s'agit d'un acte qui ait ou puisse avoir une influence appréciable sur les intérêts du débiteur, dans ce cas il y a un véritable engagement, une obligation née dès l'origine du contrat, parce qu'encore bien que le débiteur puisse faire cet acte ou s'en abstenir, il ne peut le faire ou s'en abstenir sans nuire à ses intérêts ou sans les compromettre. Les conditions de vendre ou de ne pas vendre les propres de sa femme, de renoncer à une succession ou de l'accepter ne peuvent donc rendre nulle une obligation prépostère, parce qu'elles ont ou peuvent avoir une influence plus ou moins considérable sur les intérêts du débiteur. Toutes les obligations de faire sont potestatives puisque le débiteur ne peut être absolument contraint à les accomplir. *Nemo potest præcisè cogi ad factum.* Leur accomplissement dépend de sa volonté. Mais en y manquant il s'expose à des dommages intérêts qui peuvent diminuer notablement sa fortune et l'existence de ce danger suffit pour faire naître un lien obligatoire.

D'ailleurs c'est la vocation à la succession et non le don fait à l'héritier qu'affecte la condition de venir à partage. Il en résulte que le successible qui accepte un don ne contracte pas nécessairement l'obligation de rapporter et ses cosuccessibles n'acquièrent contre lui aucun droit actuel, ils ne sont nullement *créanciers* du rapport. Leur droit ne peut s'ouvrir avant l'ouverture de la succession.

» Le droit au rapport, disait M. Siméon au corps législatif, n'est qu'une conséquence de la qualité d'héritier et il n'y a point d'héritier tant que la succession n'est pas ouverte. On ne peut même par contrat de mariage renoncer à la succession d'un homme vivant. L'espérance d'un héritier n'a point de bases réelles et ne porte que sur la présomption souvent fautive que l'on héritera.

» Le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur art. 850., mais il n'y a pas d'héritier tant que la succession n'est pas ouverte.

» Disons donc qu'il n'y a point de droit au rapport ni même d'expectative fondée tant que la succession n'est pas ouverte, etc. »

Il demeure donc démontré que la condition de venir à succession qui affecte l'obligation du rapport n'est pas purement potestative, que dès-lors cette obligation quoique prépostère n'est pas nulle, même dans l'exacte rigueur des principes; que d'ailleurs elle ne prend naissance qu'au moment du décès et qu'elle affecte la transmission successorale plutôt que la libéralité. Ces notions caractérisent la nature du droit qu'a l'héritier sur les dons qu'il a reçus en attendant l'époque de l'ouverture de la succession. Sa propriété, quoique soumise à une condition résolutoire potestative est irrévocable,

mais elle n'est pas incommutable. Il ne peut la perdre par l'effet de la volonté d'un tiers; mais il peut s'en voir privé par l'accomplissement d'une condition qui, quoique dépendante de sa volonté propre, doit néanmoins avoir, selon le parti qu'il adoptera, un effet rétroactif inhérent à la nature même du don qui lui a été fait. La propriété du successible donataire ne devient incommutable que lorsqu'ayant accepté la succession, la chose qu'il avait reçue vient à échoir à son lot, ou qu'il a mieux aimé renoncer pour se tenir à son don.

TROISIÈME SECTION.

Comparaison des effets résolutoires du rapport et de quelques autres droits qui lui sont aussi analogues.

SOMMAIRE.

102. *L'ingratitude et la survenance d'enfans résolvent aussi les libéralités. Différence dans les effets de la résolution entre l'un et l'autre cas. Analogie avec l'effet résolutoire du rapport.*

103. *Des remplois et des reprises en matière de communauté, leur analogie avec le rapport.*

104. *Faculté de renoncer à la communauté. Cette faculté n'est en matière de communauté comme en matière de succession qu'un fait postérieur et de déduction.*

105. *Analogie entre les rapports en matière de succession et les récompenses en matière de communauté.*

106. *Ce n'est pas précisément l'égalité de parts qui est l'objet du rapport. Explication et preuve.*

107. *Changement qui s'est opéré dans la nature du rapport depuis son origine romaine.*

108. *Chez nous le rapport ne peut plus être considéré comme fondé sur la volonté tacite du père de famille.*

109. *En quoi le rapport diffère de l'imputation sur la légitime. Explication de la règle, que tout ce qui s'impute sur la légitime se rapporte, non vice versâ.*

110. *Véritable nature du rapport dégagé des circonstances historiques qui le modifient et sa définition la plus générale.*

103. L'ingratitude et la survenance d'enfans sont comme le rapport des charges ou conditions résolutoires qui affectent de plein droit toutes les donations, puisqu'elles affectent l'une et l'autre le contrat de transmission *ab initio*: il semble qu'elles devraient également suivre la chose en quelques mains qu'elle passe et produire toutes deux la résolution des aliénations qui en auraient été faites par le donataire. C'est aussi ce qu'avaient pensé plusieurs docteurs, Furgole notamment, qui donnaient un effet rétroactif même à l'action révocatoire pour cause d'ingratitude. Le code civil en a décidé autrement. La survenance d'enfans produit la résolution des aliénations faites par le donataire (art. 963) ; mais l'ingratitude laisse subsister, respectivement aux tiers acquéreurs tous les effets de la donation. Ces deux conditions affectant également la transmission dès son origine, la différence des effets qu'elles produisent à l'égard des tiers ne peut venir que d'une considération

morale extrinsèque aux principes juridiques. C'est que celui qui accepte une donation d'une personne qui n'a pas d'enfans, a dû s'attendre à voir révoquer sa donation au cas de leur survenance. L'acquéreur qui devait s'enquérir du titre de son vendeur a pu de son côté prévoir cette survenance si conforme au cours ordinaire de la nature. Mais ni le donataire ni son acquéreur n'ont pu ni dû prévoir que celui qui reçoit un bienfait s'en rendra indigne dans la suite. L'ingratitude ne se présume pas.

Dans le cas de révocation pour cause d'ingratitude, la vengeance de l'injure faite au donateur n'est pas le fondement de l'action qui lui compète pour faire résoudre la donation, mais elle est la condition qui lui donne naissance.

Il y a donc deux différences entre la cause d'ingratitude et celle de survenance d'enfans : l'une peut et doit être prévue; l'autre ne se présume jamais. La première exige, outre le fait d'ingratitude, la volonté du donateur qui est toujours libre de pardonner; la seconde est indépendante de sa volonté.

La raison d'équité et de justice qui a fait assigner une différence si marquée à l'effet rétroactif de la révocation entre le cas de la survenance d'enfans et celui de l'ingratitude, explique aussi et justifie l'importante modification à laquelle est soumis l'effet rétroactif du rapport en ce qui concerne les aliénations. Le rapport est une condition résolutoire; il affecte le don *ab initio;* il produit un effet rétroactif à l'égard même des créanciers hypothécaires, et néanmoins les aliénations sont respectées à cause des égards que se doivent les cohéritiers et pour éviter les recours désagréables qui en résulte-

raient. C'est que le donataire et son acquéreur ont dû savoir que le successible est tenu au rapport dans le cas où il vient à partage et que l'acceptation de l'hérédité paternelle est un événement ordinaire, naturel, auquel l'un et l'autre ont dû s'attendre, la renonciation au patrimoine familial ne se présumant jamais et n'étant pas même permise à l'avance.

103. Le remploi comme le rapport prend sa source dans le vœu de l'égalité et dans la prohibition plus ou moins complète de se faire des avantages; mais il ne jouit pas de la même faveur et n'est peut-être pas aussi près de la nature; car l'égalité de condition entre époux n'est pas aussi nécessaire que la même égalité entre enfans. La condition des époux ne peut même pas être rigoureusement égale. Aussi voyons-nous que dès l'origine le rapport avait lieu de plein droit ou plutôt qu'il n'était que l'application rigoureuse du principe d'égalité absolue entre enfans d'un même père. La faculté de troubler cette égalité par la rétention du don en renonçant à l'hérédité ne fut qu'un relâchement des règles. Le remploi au contraire eut peine à s'introduire; il y avait d'abord diversité d'arrêts et il ne fut admis que comme une précaution nécessaire afin que la prohibition de s'avantager entre époux ne fût pas éludée.

L'origine des remplois n'est pas fort ancienne dans notre jurisprudence française. Dans l'ancienne coutume de Paris et avant sa réformation qui eut lieu en 1580, le remploi n'avait lieu qu'autant que les conjoints l'avaient expressément stipulé par leur contrat de mariage, ou que celui auquel appartenait le propre avait expressément stipulé par le contrat d'aliénation que récompense lui en serait faite.

Le remploi fut introduit par l'article 232 de la coutume réformée qui dit que si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre ou si la rente est rachetée, le prix de la vente ou rachat est repris sur les biens de la communauté au profit de celui auquel l'héritage ou rente appartenait, encore qu'en vendant n'eût été convenu du remploi ou récompense et qu'il n'y eût eu aucune déclaration sur ce faite. Le procès-verbal de la coutume porte que cet article est ajouté pour l'avenir sans préjudice du passé, de sorte que depuis cette réforme le remploi fut dû sans stipulation.

La disposition de cet article 232 de la coutume de Paris parut dans la suite si juste et si raisonnable, qu'elle fut étendue d'abord aux coutumes qui comme celle de Paris, prohibaient les dons entre époux parce qu'il y avait même raison de décider, puis enfin à celles qui permettent de s'avantager entre époux, sous prétexte que si les conjoints veulent s'avantager dans ces coutumes, ils le peuvent faire par des dispositions expresses, à défaut desquelles l'intention de donner ne se présume pas.

A la différence du remploi, la reprise d'apport doit toujours être stipulée dans le contrat de mariage. « La faculté reprendre ce qu'on y a mis est une clause extraordinaire contre la nature de la société; car il est extraordinaire qu'on renonce à une société et en même temps qu'on en retire ce qu'on y a mis franchement et quittement de toutes dettes. La reprise est encore une clause extraordinaire en ce qu'elle s'exerce sur les biens personnels du mari en cas d'insuffisance des biens de la communauté. Elle est donc de droit étroit et n'est susceptible d'aucune extension. »

En outre cette clause de reprise est conditionnelle. La condition du décès du mari l'affecte expressément ou tacitement; car la reprise ne s'exerce qu'en cas de dissolution de la communauté, cette dissolution n'arrive que par le décès de l'un des conjoints, et il faut que ce soit le mari qui décède pour que la reprise stipulée en faveur de la femme puisse être exercée. La reprise est donc comme le rapport une charge affectée d'une condition tacite résolutoire. Il existe du reste entre ces deux sortes de retours de nombreuses différences que chacun peut facilement apercevoir.

164. La faculté de renoncer à la communauté n'appartenait qu'aux femmes nobles par l'ancienne coutume de Paris. Plus tard elle fut étendue à toutes les femmes nobles ou non nobles sans distinction. La faculté de renoncer à la communauté ainsi que la faculté de renoncer à la succession pour se tenir à son don ne sont que des faits postérieurs et déduits, l'égalité absolue étant dans l'origine exigée à la rigueur.

Il est aisé de se rendre compte de leur introduction tardive. La famille est une sorte de société. Quand un contrat de société a été formé il n'est pas libre à chacun de le rompre ou d'y demeurer selon que ses intérêts l'exigent. Le résultat de la collaboration commune doit être administré et partagé suivant certaines règles. Quoique la société domestique se dissolve par la mort du père, le partage dans les proportions déterminées par la loi aussi bien que la nécessité pour chacun de ses membres de prendre part aux pertes comme il a pris part aux avantages communs n'en est pas moins une conséquence de la loi de famille. La transmission directe et nécessaire aux héritiers des obligations actives et passives résulte

du fondement même des successions, dont l'objet est de remplacer dans la société complètement et à tous égards la personne décédée. C'est sans doute pour cette raison que la faculté de renoncer pour s'en tenir à son don ne fut accordée aux héritiers qu'assez tard et à titre de grâce seulement.

Des raisons analogues s'appliquent aux renonciations à communauté. La communauté est une véritable société. Elle n'est que la famille considérée sous un certain rapport. Le résultat ou l'avoir de cette société doit être partagé entre les conjoints ou leurs représentans et ceux-ci n'ont point à se plaindre toutes les fois que ce partage s'opère suivant les lois qui la constituent. Ceci même s'applique d'autant plus justement au régime matrimonial, que c'est bien volontairement et en connaissance de cause que les époux se sont soumis à toutes les conséquences d'un système auquel ils étaient libres en se mariant de substituer tout autre régime.

Ainsi par la nature des choses l'ordre régulier consiste tant en matière de communauté que de succession dans le partage égal des droits actifs et passifs, et ce n'est que par une dérogation au droit rigoureux, par un adoucissement que les mœurs ont introduit assez tard que la faculté de renoncer pour s'en tenir à son don a été admise comme droit commun.

105. En matière de communauté comme en matière de succession le rapport a le même fondement. Il n'est toujours dans un cas comme dans l'autre qu'une sorte de précompte. C'est la nécessité de réunir à la masse avant de la partager, tout ce qui en a été distrait.

L'art. 1437 du code civ. dispose : toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour ac-

quitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un immeuble à lui propre ou le rachat de services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels et généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté il en doit la récompense.

Cette disposition n'est-elle pas analogue et presqu'identique à celle-ci? Toutes les fois qu'un des héritiers a retiré quelqu'avantage personnel des biens de la communauté il en doit le rapport? Proposition dans laquelle se montre clairement la règle enseignée par Pothier qu'il faut, pour qu'une chose soit rapportable, qu'elle ait passé des biens qui composent la masse à partager en ceux du copartageant donataire. La disposition de l'art. 1437 est donc une sorte de complément du titre des rapports où cette règle puisée dans la nature des choses n'a pas été exprimée.

L'analogie qui existe entre les règles du partage de la communauté et de celui d'une succession est tellement intime, qu'on y retrouve constamment une parfaite identité de principes. Cela doit être puisque la communauté et la succession sont une seule et même chose considérée sous deux points de vue différens. Dans l'ancien droit romain l'unité de personnes entre le père et le fils, entre le mari et l'épouse étaient un obstacle insurmontable aux avantages qu'ils auraient voulu se faire. Les enfans furent, du vivant même de leur père copropriétaires de sa fortune, en telle sorte qu'à son décès ils paraissaient se succéder à eux-mêmes. Cette extension si énergique du principe de conservation retrouve dans la communauté un principe qui lui correspond. Du vivant

du mari la part de la femme commune n'est qu'une espèce de droit *habituel*; ce droit ne devient actuel et ne se réalise qu'au décès du chef de la communauté, qui, jusqu'à cette époque, en conserve l'administration et la disposition à titre onéreux. Enfin de même que le mari ne peut disposer à titre gratuit des biens de la communauté, la loi a pourvu aussi à ce que le père ne pût, par d'imprudentes libéralités, priver ses enfans d'une quotité déterminée de son patrimoine.

Il était naturel en effet, puisque la communauté et la succession ne sont que le résultat d'une véritable société, le produit de la collaboration commune, que les mêmes règles se retrouvassent dans le partage de l'une et de l'autre, et que, soit la nécessité d'établir une espèce d'égalité de condition entre associés, soit la nécessité de procéder avant tout partage à un réglement ou précompte indispensable pour former la masse à partager, imposassent également l'obligation d'un rapport ou d'une récompense.

106. Le rapport est donc un préliminaire indispensable du partage. « *Differt itaque collatio à divisione ut antecedens à consequente* ». *Vinnius de Collat.*

Son objet n'est pas l'égalité absolue de parts héréditaires. C'est là l'objet du partage. L'objet du rapport est l'égalité de position qui convient entre cohéritiers au moment où ils sont appelés à partager le patrimoine commun. C'est ce qu'exprime parfaitement Ferrière sur l'art. 303 de la coutume de Paris.

Cet article paraissait établir l'égalité absolue de parts héréditaires. Il portait : « père et mère ne peuvent par » donation faite entre vifs par testament et ordonnance » de dernière volonté ou autrement en manière quel-

» conque, avantage rleurs enfans venant à leur succes-
» sion l'un plus que l'autre. »

« Il semble par tous les termes de cet article, dit Ferrière, que les père et mère ne peuvent faire par prédilection plus d'avantage à quelques-uns de leurs enfans qu'aux autres, ce qui n'est pas puisqu'en effet ils le peuvent, de sorte qu'il est vrai de dire que *cet article est entierement inutile*, et les enfans avantagés ont le choix de se porter héritiers du donateur et rapporter à sa succession les avantages qu'ils en ont reçus ou de se tenir à ces avantages en renonçant; ainsi il est vrai de dire que les père et mère ne peuvent avantager quelques-uns de leurs enfans, car la coutume leur en donne le pouvoir; mais par l'événement les avantages qu'ils en ont faits se trouvent sans effet, au cas que les enfans avantagés trouvent plus à propos de prendre qualité d'héritiers. »

Quelle est donc cette égalité que les rapports ont pour objet d'établir entre les héritiers? Vinnius la définit ainsi :

« *Æqualitas autem hæc non est arithmetica sed geometrica, ut collatis omnibus quæ conferenda sunt tantam quisque portionem accipiat quanta vel dispositione testatoris vel lege debetur.* »

Ce n'est donc pas, comme nous avons déjà eu l'occasion d'en faire la remarque en étudiant nos coutumes, ce n'est pas l'égalité de parts, mais l'égalité de conditions entre héritiers qui fait l'objet du rapport et c'est en ce sens seulement que l'on peut dire que l'égalité a pour fondement tout aussi bien la volonté du père de famille que celle du législateur, ou qu'elle est également dans le vœu de la nature et de la loi. Car cette présomp-

tion ne peut s'appliquer aux parts héréditaires sans devenir certaine et spécifique, par conséquent explicite et concrète. Il en est autrement de l'égalité de conditions qui se présume et existe toujours de plein droit entre associés. Tel nous paraît être le sens de la novelle 18 cap. 6. dont les expressions sont ici d'autant moins suspectes qu'elle fait descendre l'obligation du rapport de l'égalisation intentionnelle attribuée au disposant: « *Justinianus autem sententiam parentum spectavit non verba, et credidit, nec sine ratione, semper in dubio hanc videre essementem et votum patris ut æqualitas et concordia inter liberos servetur, nec alter plus altero consequatur. Quòd autem de collatione nihil caverit pater, id videri factum quià aut cogitatione mortis præpeditus aut aliâ cogitatione impeditus* non meminerit *eorum quæ priùs à se data fuerunt. Ad hanc enim equitatem ut res revocetur, expressè testatur imperator, se etiam collationem exigere à scriptis heredibus.* » Le père de famille a voulu, d'une manière générale et implicite, que ses enfans fussent également partagés, mais il n'a pas voulu d'une manière formelle et spécifique que les portions de biens qu'ils recevaient fussent précisément égales. Il n'aurait pu le vouloir sans déterminer par la pensée leurs parts héréditaires respectives. La loi en ce point ne suit pas sa volonté, elle la remplace.

Ce n'est même qu'en un certain sens qu'il est exact de dire que l'égalité est le fondement des rapports; car si cette qualité est désirable entre descendans en ligne directe, elle est assez indifférente en collatérale et surtout à l'égard des étrangers institués entre lesquels le dernier droit romain l'introduisit. Sous l'empire des législations qui admettaient dans les successions les distinctions

de sexe et de primogéniture, les rapports n'en existaient pas moins ; et sous le code civil lui-même qui favorise l'égalité entre cohéritiers, les rapports ont souvent pour effet, loin d'établir l'égalité, de la violer ou de la détruire.

107. Dans l'ancien droit romain où la faculté de tester était illimitée, le rapport n'était exigé qu'autant que le testateur s'était formellement prononcé à cet égard. Dans la suite, la faculté de tester ayant été limitée en faveur de certaines personnes, soit par la possession de biens *contrà tabulas* soit par l'introduction de la quarte falcidie, on admit comme règle que le rapport aurait toujours lieu si le testateur ne l'avait défendu. Notre droit français actuel est allé plus loin. Il a voulu que cette défense fut expresse. Il ne suffit pas qu'il apparaisse clairement de la volonté du père de famille, il faut en outre qu'il l'ait exprimée. Il y a donc ici non seulement remplacement de la volonté du père par la volonté légale, mais retour, réduction à la volonté légale. Dès que l'opposition du disposant n'est pas formelle et incontestable, la loi s'empare des biens donnés et les réunit en une seule masse, pour les partager conformément à l'intérêt public. Cette progression historique applique et retrace une observation précédemment faite, que l'obligation du rapport devient plus rigoureuse, à mesure que le principe de la dévolution héréditaire est plus nécessaire et plus puissant.

Le rapport n'est qu'une prohibition de retenir. Cette notion caractéristique de l'obligation du rapport la distingue de tous les autres droits de retour. Tandis que ceux-ci renferment toujours une violente annulation des droits acquis et incommutablement transférés, dans le

rapport il ne se passe rien que de naturel et de rigoureusement rationnel; parce que, comme nous l'avons vu dans la section précédente, la chose quoique irrévocablement transférée, ne l'était pas cependant d'une manière incommutable, et qu'elle était affectée dès l'origine de cette prohibition de retenir, suite de la loi de l'égalité entre cohéritiers.

108. Il existe au reste entre l'obligation du rapport chez les Romains et ce qu'elle est dans notre droit français une différence caractéristique.

Toute l'hérédité romaine reposait sur la volonté du père de famille. Ce n'était que faute à celle-ci de s'exprimer que l'ordre de succéder légitime reprenait sa puissance. Mais en droit français au contraire la loi successorale est la règle générale, les testamens sont l'exception ou le correctif. Ainsi dans l'ancien droit romain les legs étaient exempts du rapport, tandis que dans nos coutumes on retrouve constamment l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire.

Chez les Romains en effet où la volonté du défunt était la loi suprême, l'institution d'héritier le droit commun, c'était toujours cette volonté expresse ou présumée qui faisait le fondement des règles en matière de partage. Or le moyen de fonder sur cette volonté présumée le rapport des legs qui en produit l'anéantissement direct et immédiat?

Chez nous au contraire la conservation des familles, cette grande nécessité sociale, fut toujours le fondement des successions. Les coutumes admettent comme maxime qu'institution d'héritier n'a point de lieu, en sorte que le testament bien loin d'être favorable n'y est qu'une exception que le législateur tend toujours

à ramener à la loi commune. L'esprit de cette loi est l'égalité de partage, dont les anciens auteurs donnent pour principale raison les habitudes guerrières de nos ancêtres. L'incompatibilité des qualités d'héritier et de donataire prononcée par nos coutumes ne peut donc avoir pour raison la volonté présumée du défunt. Une pareille disposition heurte au contraire directement cette volonté. Ici la loi marche à découvert. Elle fait une sorte de violence aux dispositions écrites du moribond pour les ramener à l'esprit général d'ordre et d'égalité qu'elle a voulu faire régner dans l'intérieur des familles. Le rapport anéantit complètement les libéralités testamentaires qui ne produisent aucun effet même quant aux fruits.

Le rapport repose donc tout entier sur des idées générales d'ordre et d'intérêt public. Il n'est point la volonté d'un particulier expresse ou présumée, mais la volonté générale ou la loi, réglant les relations intérieures de la famille et les ramenant à la quotité établie par le système successoral qu'elle a proclamé.

109. L'imputation est encore un droit ou un procédé juridique qui a la plus grande analogie avec le rapport. Elle n'est guères autre chose qu'un mode d'exécution du rapport. C'est une même chose en effet de remettre à la succession ce que l'on a reçu en nature ou de l'imputer sur sa part héréditaire, laquelle se trouve par là diminuée de cette valeur.

Il ne faut pas néanmoins confondre cette imputation qui n'est que l'exécution ou l'équivalent du rapport avec l'imputation sur la légitime qui a un tout autre caractère. C'est à cette dernière sorte d'imputation que s'applique la règle enseignée par les jurisconsultes : tout ce qui s'impute sur la légitime est sujet au rapport, mais il

y a des choses sujettes au rapport qui ne s'imputent pas sur la légitime. Il est aisé de la justifier.

Soumettre un objet à l'imputation, c'est user d'un droit défavorable au légitimaire, qui reçoit d'autant moins pour sa légitime qu'on y impute un plus grand nombre de choses reçues.

Soumettre un objet au rapport, c'est agir dans le sens des intérêts de l'héritier qui exige ce rapport et contrairement aux intérêts de l'héritier duquel on l'exige; mais c'est agir dans l'intérêt de tous en général, parce qu'il est de l'intérêt de tous les enfans d'un même père d'être soumis à la même condition, de l'intérêt de la famille que le principe d'ordre y soit respecté.

Dans le rapport l'idée de conservation se combine avec celle d'égalité. Dans la légitime le principe de conservation agit seul. L'alliance et la combinaison de la conservation et de l'égalité que nous avons appelé principe d'ordre produit directement et immédiatement le rapport. L'obligation du rapport en harmonie parfaite avec le principe constitutif de la famille dans ses relations intérieures jouit donc de la plus grande faveur. De là on soumet au rapport sans distinction tout ce qui a été reçu directement ou indirectement. Mais l'imputation sur la légitime a une tendance contraire au principe de conservation. Elle diminue la portion du légitimaire et s'oppose au principe fondamental des relations de la famille à l'extérieur; elle n'est donc pas favorable. Cette considération suffit pour expliquer comment on a pu se rendre plus difficile pour admettre l'imputation que pour le rapport, en dispensant de l'imputation certaines choses qui sont cependant rapportables.

En un mot le rapport est tout de faveur, parce qu'il

est l'expression du principe constitutif de la famille à l'intérieur. L'imputation au contraire a une tendance directement opposée au principe de conservation de la famille qui sert de fondement à ses relations extérieures. Elle reçoit donc une moindre extension que l'obligation du rapport.

Ce qui échappe au droit de retour qui admet la plus grande faveur doit nécessairement demeurer hors de l'influence du droit de retour qui est le moins favorable. Tout ce qui s'impute sur la légitime est sujet au rapport.

Le retour le plus favorable atteint certaines choses qui échappent au moins favorable. Tout ce qui se rapporte n'est pas, par cela seul, imputable sur la légitime.

« Il y a, dit le Brun, beaucoup de faveur du côté du légitimaire que le père a déshérité pour le tout ou partie, au lieu qu'il n'y en a aucune pour celui qui en demande le rapport. Mais au contraire toute la faveur est du côté de ceux qui l'obligent au rapport. »

110. Le rapport n'est rien autre chose qu'un réglement de compte. Toutes les personnes qui viennent au partage d'une même succession doivent être accueillies avec la même faveur. Il est possible cependant que l'une d'elles ait des droits plus étendus que l'autre. Elle tenait de plus près au défunt, occupait un rang plus important dans la famille, sa portion sera plus forte. Mais en ce qui concerne le mode de partage en soi, tous les héritiers sont égaux *de condition*. Lors donc que l'un d'eux qui a reçu une portion de sa part héréditaire ou son intégralité se présente pour la réclamer de nouveau, il est naturel que ses cohéritiers lui répondent : Vous avez reçu; commencez par imputer sur votre part ce qui s'en

trouve déjà en votre possession. C'est un réglement de compte que nous avons à faire; portez au chapitre de la recette ce qui vous est parvenu du vivant de votre comptable. Vous alléguez qu'il a eu l'intention de vous faire un avantage spécial et de vous favoriser de toute l'étendue de ce don; s'il en est ainsi, nous sommes disposés à respecter la volonté suprême de notre auteur commun quelle qu'elle soit, mais montrez-nous *l'expression* de cette volonté; il ne doit y avoir ni ambiguité ni incertitude, et nous ne vous tenons pour dispensé du rapport qu'autant qu'il a prononcé cette dispense d'une manière explicite et formelle. »

Il nous semble que ce langage si naturel et si juste contient toute la doctrine des rapports dans notre droit moderne. Voilà pourquoi celui qui ne se présente pas à la succession, qui ne vient pas à partage n'en est point tenu. C'est que le rapport n'est dans la vérité qu'un préliminaire indispensable qui fait partie intégrante du mode de partage d'une succession. Celui qui ne vient pas à partage ne peut y être soumis. Il est donc inutile de recourir pour l'expliquer à une prétendue incompatibilité entre les qualités d'héritier et de donataire, cette incompatibilité n'est aussi qu'une fiction.

Pour mieux faire sentir encore que l'obligation du rapport ne repose ni sur l'égalité de droits, ni sur cette prétendue incompatibilité, ni sur la volonté présumée du défunt, qu'il nous soit permis de présenter en terminant une comparaison triviale, mais juste et frappante.

Une troupe de malfaiteurs assaillit un homme et le tue. L'un d'eux en se saisissant de sa personne, s'est emparé de quelqu'objet précieux qu'il portait ostensiblement.

On traîne le cadavre dans le repaire commun, et là on procède au partage de ses dépouilles. Pourvu que l'on suppose à ces misérables quelque discipline, chacun d'eux sera rétribué également, ou, si on l'aime mieux, en raison de son grade et de son courage reconnu. Supposons que celui qui s'est emparé de cet objet précieux vienne réclamer une part égale dans le butin avec ses complices, ne commencera t'on pas par imputer le prix estimatif sur cette part? Voilà le rapport. Ce n'est qu'une opération toute matérielle, un préliminaire indispensable de toute espèce de partage.

Inutile pour le soutenir de recourir à aucune des fictions qu'on lui a données pour base.

L'analogie est parfaite. La succession d'une personne n'est que l'ensemble de ses dépouilles.

Ce qui nécessite l'égalité absolue ou proportionnelle n'est pas la qualité de copartageans, mais la relation antérieure de cosociétaires, dans l'exemple que nous venons de citer une société illicite, en matière de succession la qualité de cohéritiers, de membres d'une même famille.

Le rapport existe donc dans tous les systèmes de succession imaginables, puisque nous le retrouvons dans le cas même où la répartition successorale est abandonnée à la seule loi de nature, et dans toutes les hypothèses possibles, à toutes les phases du développement de l'élément successoral, il conserve au milieu des nombreuses variations qu'il a à subir, ce caractère constant et indestructible, d'être *un retour plus ou moins violent à l'égalité de conditions entre héritiers, dans le but de distribuer les biens réunis en une même masse d'une manière conforme au vœu de la loi et à l'intérêt public.*

NOTES

DU QUATRIÈME CHAPITRE.

---

(1). *Conditiones intrinsecùs non ex testamento venientes* dit cette loi, *id est quæ tacitè inesse videntur non faciunt legata conditionalia.* La loi 6, p. 1, et la loi 22, p. 1 ff. *quandò dies leg. ced.* le décident de même dans le cas où la condition *quæ tacitè inest* est exprimée, comme s'il est dit j'institue Titius mon héritier et *s'il devient mon héritier*, je veux qu'il donne cent écus à Mévius. C'est l'expression d'une condition *quæ tacite inest* puisque l'héritier doit accepter l'hérédité pour que le legs soit dû et néanmoins le legs ainsi conçu n'est pas conditionnel; en sorte que si le légataire décède avant l'adition, il le transmettra à ses héritiers. *Hæc verba testatoris quisquis mihi heres erit aut si heres erit Seius vel si hereditatem adierit subjectum legatum vel fideicommissum non faciunt conditionale leg.* 3. *ff. de leg.* 1.

Mais c'est une condition qui ne touche pas la substance de la libéralité ni la personne du légataire; car si la condition tacite regardait la substance de la libéralité ou la personne du légataire elle rendrait la disposition conditionnelle non seulement si elle était exprimée, mais encore quand elle ne serait que sous entendue et supplée par la loi.

Au reste toute cette doctrine des legs conditionnels est ici inapplicable puisque comme nous l'avons démontré, la condition tacite affecte l'obligation du rapport et non pas la libéralité elle-même.

lus à certains héritiers avaient à leur égard le caractère de légitime. Définition de la réserve par M. Grenier.

118. *Quelle est la quotité qu'il convient de lui assigner. La plupart des coutumes ne l'avaient point déterminée d'une manière explicite. La réserve coutumière n'était qu'une restriction patrimoniale.*

119. *La loi de germinal est la première qui ait bien saisi le côté objectif de la réserve. Justesse des deux principes qu'associe son article premier. La crainte des abus frauduleux n'est pas un motif suffisant pour changer de système quand on s'est renfermé dans les principes. Exemples des mauvais effets de cette crainte en législation.*

120. *L'élargissement de la quotité disponible n'est pas un moyen convenable et efficace de fortifier la puissance paternelle.*

121. *Dans les testamens et les contrats de mariage le pouvoir domestique agit dans une sphère supérieure à lui-même. Opinions de Bonaparte et de Mirabeau sur la quotité disponible. Liaison intime qui existe entre l'état et la famille.*

122. *Action différente qu'exercèrent sur le pouvoir domestique le gouvernement révolutionnaire et la restauration.*

123. *La faculté de disposer entre époux a un tout autre caractère que celle de disposer entre enfans. De l'unité de personnes.*

124. *Des dons mutuels entre conjoints dans notre droit coutumier.*

126. *La loi du 17 nivôse détruisit ce système prohibitif et permit aux époux de se faire pendant le mariage*

toute sorte d'avantages entre vifs. Son principe néanmoins était le décroissement du pouvoir domestique.

126. *Difficulté de déterminer le rapport qui doit exister en général entre la masse du patrimoine et la réserve. Incertitude des données qui entrent comme élémens de calcul dans ce problême de législation.*

111. Suivant Bentham le législateur doit avoir trois objets en vue dans la loi des successions. 1. Pourvoir à la subsistance de la génération naissante. 2. Prévenir les peines d'attente trompée. 3. Tendre à l'égalisation des fortunes.

Pour assurer la subsistance de la génération naissante le partage égal n'est pas nécessaire. L'expérience démontre au contraire que cette subsistance est mieux assurée par la conservation de l'intégralité du patrimoine, que cette conservation dans une seule main existe même de fait le plus ordinairement dans les classes inférieures de la société, sous la forme d'une administration commune. — Prévenir la peine d'attente trompée conduit à un ordre de succéder constant et invariable et exclut ou restreint la faculté testamentaire qui trompe si souvent les attentes les plus légitimes. — Le meilleur et le plus sûr moyen d'obtenir l'égalisation des fortunes enfin est de maintenir par de sévères réglemens le partage primitif des terres, ce qui donne lieu à toutes les lois privilégiaires conservatrices du patrimoine des familles.

Telle est donc la nature du principe successoral qu'il est essentiellement une loi de conservation et qu'il vit de priviléges. La libre faculté de disposer lui est contraire, et quelque libéral que puisse être un systême successoral, il est nécessairement restrictif de cette liberté.

La liberté dans les transmissions successorales n'est que l'absence de toutes règles de même qu'en sens contraire, le développement le plus complet de leur principe serait l'induration de l'organisme social en des formes monumentales dont rien n'ébranlerait la dure inflexibilité et qui aurait infailliblement pour effet d'étouffer tout sens moral et d'arrêter tout progrès.

C'est sous ce rapport principalement que les testamens sont utiles. Ils servent de transition entre un ordre de société fixé qui a consigné dans ses lois, comme autant de points d'arrêt, les termes de son développement acquis et un ordre ultérieur indécis et progressant qui correspond à l'état intellectuel et moral de la société. Par la faculté testamentaire la volonté sociale agit et se meut dans l'intervalle laissé libre entre ces formes écrites et la plus haute expression non réalisée de l'état de perfection idéale vers lequel elle tend. L'usage plus ou moins fréquent des testamens, l'habitude de disposer de la quotité disponible en faveur des femmes, des ascendans, des étrangers, d'en récompenser l'assiduité des hérédipètes ou de la distribuer à des corporations politiques ou à des établissemens pieux, ou de n'en user que pour réparer entre ses héritiers les inégalités de la nature et les injustices de la fortune, dépend évidemment de l'état des mœurs publiques et de la direction des opinions dominantes. Les testamens ne sont donc que la réformation ou la modification de la loi constitutionnelle de la famille par l'influence combinée des mœurs, des opinions et des ressources d'un peuple. C'est comme la partie indéterminée et flottante de toute transmission successorale (1).

112. Toute succession tend de sa nature à fixer

l'état présent de la société, tous les adoucissemens à cette force de fixité tels que le partage égal, l'attribution d'une portion de la succession aux membres les plus faibles de la société domestique, à l'épouse par exemple et les autres modifications puisées dans des sentimens d'humanité et d'équité ne trouvent leur véritable raison et ne prennent leur source que dans l'ordre intellectuel ou dans des idées de moralité générales en dehors du principe des successions.

C'est vainement encore que les théoréticiens et les docteurs essaient ici de résister à cette nature des choses. Bentham, dans son traité de législation établit la nécessité du partage égal entre enfans et il la fonde sur trois raisons puisées toutes trois dans la sphère des idées qui appartiennent exclusivement au fait dévolutif de la succession. 1. Egalité d'affection de la part du père. 2. Egalité de cooccupation de la part des enfans. 3. Egalité de besoins.

Indépendamment de la raison de conservation qui suffit seule pour expliquer les priviléges de l'aînesse et de la masculinité, la plus simple réflexion fait voir que l'affection du disposant n'est pas le fondement de la dévolution successorale. Nous l'avons déjà dit ailleurs, si cette dévolution reposait sur l'affection du défunt, l'époux exclu dans la plupart des législations, serait appelé en première ligne, le testament qui n'est que la correction ou le supplément de la transmission légale serait au contraire la règle, la transmission légale l'exception, et s'il est vrai que l'affection du père de famille n'est pas la raison du mode successoral, l'égalité d'affection n'a aucun trait à l'égalité de partage; cette égalité n'en es point une conséquence.

L'égalité de cooccupation de la part des enfans n'est pas une raison plus exacte. Chez un peuple nomade et guerrier les mâles partagent ordinairement d'une manière plus active les dangers de la guerre et des courses lointaines. Dans tous les états de société ils prennent à la collaboration commune une part plus efficace et plus productive que les femmes. Les aînés sont depuis un plus long temps que leurs cadets l'appui et le soutien du père dans l'administration de la famille. Ils le remplacent en quelque sorte et partagent avec lui dès son vivant une portion du pouvoir. Il n'y a donc pas non plus précisément égalité de cooccupation.

Y a-t-il égalité de besoins et la raison tirée de la faiblesse du sexe qui aurait pour conséquence de faire admettre les femmes non seulement au partage égal, mais même à des portions plus fortes que les mâles est-elle bien fondée ?

La femme en se mariant passe dans une famille nouvelle, son mari demeure naturellement chargé de tout ce qui concerne sa nourriture et son entretien. Elle a donc moins de besoins que les mâles qui doivent, eux, pourvoir à l'établissement d'une famille.

Dira-t-on que l'admission des femmes au partage égal est nécessaire pour faciliter leur mariage? Mais d'abord ce ne serait point d'un partage héréditaire qu'il s'agirait ici, mais de l'obligation de la dot. La conséquence de l'objection serait seulement de faire consacrer dans notre nouveau droit cette maxime admise dans certaines de nos coutumes, qu'enfans dûment aparagés n'ont aucunes prétentions à élever à la succession, conséquence repoussée d'ailleurs par les partisans du partage égal. Il est donc inexact de dire qu'il y a égalité de besoins.

et que le sexe le plus faible ait sous aucun rapport des besoins plus nombreux que le fort.

Par le fait il n'y a précisément dans la famille ni égalité de coocсupation, ni égalité d'affections, ni égalité de besoins; mais il y a plus que tout cela, égalité de conditions entre enfans d'un même père. Ils sont tous également issus de son sang, ils sont tous également pour lui un bienfait de la providence dont la conservation doit lui être également chère. Il y a donc égalité de droits et pour trouver le fondement de cette égalité il faut sortir de la sphère des besoins et des jouissances domestiques et s'élever aux notions généreuses et grandes sur lesquelles repose la dignité humaine.

Voilà le principe, ou l'idéal du droit, l'intellectuel. Quand il s'agit de traduire ces notions dans la société, de les revêtir d'une enveloppe légale et de les réaliser, se présentent les collisions de l'empire du fait qui peuvent dans certains états de société modifier ou détruire cette égalité rationnelle.

Quant aux différences d'âge, de tempérament, de talent, de force, c'est au père à les apprécier et à satisfaire à ce qu'elles exigent au moyen du droit de tester.

113. Régulièrement, dans le vœu de la nature et dans l'intérêt de la société le patrimoine des pères doit devenir intégralement celui des enfans sous la réserve d'une quotité disponible suffisante pour réparer ces inégalités.

Dans le cours ordinaire des événemens le quart du patrimoine est plus que suffisant pour atteindre ce but.

Ainsi la quotité disponible est une dérogation à la règle, une exception fondée sur des considérations étrangères au principe successoral, la réserve seule est régulière.

C'était tout le contraire en droit romain. La quotité

disponible était seule régulière, la faculté de disposer était le principe, la légitime n'était qu'une espèce de pension alimentaire réclamée au nom de la nature et de l'humanité.

Aussi en droit romain la légitime était due aux ascendans comme aux descendans. Elle se fondait dans l'un et l'autre cas sur la même raison, l'obligation alimentaire entre personnes unies par des liens aussi étroits.

Un très-petit nombre de coutumes au contraire donnait une légitime aux ascendans.

La raison de cette différence est facile à saisir. Dans les coutumes la réserve était la succession régulière, la transmission de la partie la plus notable du patrimoine de la famille représentant l'intégralité de ce patrimoine une sorte de substitution perpétuelle des biens destinés à sa conservation. Cette loi de conservation étant l'esprit de la succession coutumière, la raison de la réserve si pressante en descendance directe cessait dans la ligne ascendante parce que la famille ne se perpétue pas en ce sens.

Dans les pays de droit écrit non seulement les ascendans avaient une réserve, mais cette réserve était considérable; elle s'élevait jusqu'au tiers des biens à partager.

C'est que du moment que la réserve n'est qu'un secours fondé sur un sentiment d'humanité, *pietatis subsidium*, elle est due à plus juste titre aux ascendans qu'à tous autres, leur position leur y donne des droits plus inviolables, ils en ont un besoin plus pressant.

Les ascendans avaient en droit romain le tiers du patrimoine. C'était aussi la légitime des enfans jusqu'au

nombre de quatre : voici donc une légitime des ascendans plus forte que celle des enfans eux-mêmes.

Si l'on considère en effet la réserve comme une hérédité ou sa représentation, la loi successorale se proposant d'assurer aux successibles la position sociale qui leur appartient naturellement, et cette position dépendant beaucoup plus de la transmission successorale à l'égard des enfans qu'à celui des ascendans, il en résulte que la réserve des ascendans doit être moindre que celle des descendans, ou que même elle doit disparaître. C'est ce qui arrivait en pays de coutume.

Mais quand au contraire la réserve n'a d'autre objet que de venir au secours du malheur, qu'elle n'est regardée que comme une dette de l'humanité et de la nature, un devoir de piété, elle appartient plus rigoureusement aux ascendans qu'aux descendans, ils ont plus de besoins et cette obligation est à leur égard plus impérieuse peut-être et plus sacrée. C'est le système des pays de droit écrit.

114. Le droit romain, si parfait en tout ce qui concerne les droits abstraits de la propriété et les contrats, a mal exprimé le côté moral de l'humanité. Les rapports de famille ne sont pas la partie la plus heureuse de ce code de la raison écrite. Sa législation n'est qu'une suite de transactions successives entre deux principes contraires qui ne s'unissent jamais, mais s'associent et se combinent diversement en conservant leur antagonisme primitif. La famille chez les Romains tout assise sur l'idée de propriété n'a pas développé ses rapports personnels. La chose y recouvre et absorbe tous les droits de la personnalité sans distinction.

Le droit du digeste et du code avait fixé au quart de la succession la légitime des enfans.

La novelle 18, chap. 1, augmenta cette légitime, en donnant le tiers des biens aux enfans s'ils étaient quatre ou moins, et la moitié s'ils étaient cinq ou plus.

« Cette division, disait M. Bigot de Préameneu au conseil d'état dans la séance du 20 nivôse an 11, avait l'inconvénient de donner des résultats incohérens.

« S'il y avait quatre enfans, la légitime était du douzième pour chacun, tandis que s'il y en avait cinq, chaque part légitimaire était du dixième. Ainsi la part qui doit être plus grande quand il y a moins d'enfans se trouvait être plus petite. Ce renversement de l'ordre naturel n'était justifié par aucun motif.

« On remarquait encore comme inconséquence dans le droit romain. 1. Que le père qui n'avait eu qu'un fils pût disposer des 2/3 de son bien si ce fils lui survivait, mais qu'il ne pût disposer que de la moitié si ce fils étant mort avant lui avait laissé cinq enfans qui venaient alors de leur chef à la succession de l'aïeul. 2. Que si, au lieu d'un enfant prédécédé, il y en avait deux morts avant le père et laissant chacun cinq enfans, les dix petits enfans n'avaient entr'eux pour légitime que le tiers dans la succession de leur aïeul parce qu'alors ils venaient par représentation. Ainsi dans le premier cas, les cinq petits enfans avaient une moitié à partager et dans le second cas les 10 petits enfans n'avaient qu'un tiers. »

115. A Rome les idées de justice naturelle et d'exacte proportion dans la distribution de la succession étaient si peu observées, qu'après que la loi venant au secours des enfans eut établi en leur faveur une réserve légale, il semble que ce ne fut qu'un arbitraire subs-

titué à un autre arbitraire, le despotisme de la loi mis à la place du despotisme du père de famille. On remarque en effet dans les résultats de cette fixation une incohérence choquante et comme un défaut de principes. C'était plutôt à titre de grâce, de secours, que comme un droit rigoureux, que les réclamations des enfans étaient accueillies.

Il ne faut donc pas s'étonner de ce jugement d'un jurisconsulte allemand, M. Gans, qui déclare ne rendre hommage à la virtualité juridique des Romains qui les a élevés si haut « qu'en ce qui concerne les droits abstraits, là où la personne et la chose ne portent pas elles-mêmes la substance morale de la famille et de son patrimoine, dans la doctrine de la propriété et des contrats. »

Quoi qu'il en soit, les deux législations parties de deux principes contraires, l'institution d'héritier et la dévolution coutumière sont arrivés à un terme moyen assez rapproché, une réserve et une quotité disponible plus ou moins considérable.

Mais elles y sont arrivées en suivant une marche inverse et ont conservé nonobstant cette communauté de résultats leur esprit propre et un caractère essentiellement différent.

A Rome où la faculté de tester était le principe général et le droit commun, les modifications que subit la législation successorale furent successivement de plus en plus restrictives de cette liberté indéfinie.

En France où le principe contraire était admis, où il était de maxime qu'institution d'héritier n'a point de lieu, la législation a subi des modifications en sens inverse. La faculté de disposer a été étendue.

Dans notre ancien système coutumier la propriété su-

bissait des restrictions considérables et dans le droit de jouir et dans celui de disposer.

Dans la faculté de jouir, par le paiement de certaines redevances inhérentes au fonds et qui le suivaient en quelques mains qu'il passât, par la séparation du fonds et des superfices et l'attribution aux seigneurs des droits attachés à la foncialité. Ces restrictions tenaient à l'état politique.

Dans la faculté de disposer par la prohibition d'aliéner les propres et une partie des acquêts. Dans certaines coutumes les biens patrimoniaux furent frappés d'une inaliénabilité absolue. Dans toutes, cette inaliénabilité plus ou moins complète s'étendait à une quotité déterminée. Ceci tenait à la constitution de la famille. Les restrictions de la première espèce ont dû disparaître avec la destruction de l'ancien régime politique. Celles de la seconde se sont conservées au moins en partie. La réserve du code en a gardé le caractère puisé dans les anciennes mœurs nationales. Notre réserve est demeurée ce qu'elle fut toujours, la conservation pour assurer la perpétuité de la famille, de l'intégrité de son patrimoine ou d'une portion qui le représente, sous la déduction d'une certaine quotité destinée à l'acquittement des dettes de la reconnaissance ou à la réparation des inégalités entre enfans.

Cet exemple fait sentir de quelle importance il peut être d'étudier les institutions sous leur rapport historique; c'est-à-dire, dans les modifications successives qu'elles subissent, de remonter aux sources et d'observer les différences de leurs principes constitutifs qui tiennent ordinairement au fond même du caractère national.

116. **La réserve est la succession régulière. Elle est la partie de la dévolution naturelle à laquelle la faculté testamentaire n'a pas porté atteinte. C'est l'héritage ou sa représentation.**

Notre jurisprudence a long-temps hésité à décider que c'est à titre d'héritier et à ce seul titre que la légitime est due. Cette notion sur laquelle il ne s'est élevé des doutes sous l'empire du code qu'à cause du caractère indécis et mixte de son système successoral, s'exprimait nettement dans le droit coutumier. C'est celle à laquelle il convient, même sous notre législation actuelle, de demeurer attaché, parce qu'elle a sa racine dans nos anciennes mœurs nationales.

Les coutumes avaient divisé le patrimoine en différentes natures de biens dont chacune était soumise à un droit particulier. La légitime n'était toujours qu'une portion de chacune d'elles, en telle sorte que celui qui était exclu de succéder à un genre de biens était aussi écarté de la computation de ce bien pour calculer sa légitime ou de sa légitime sur ce bien. « Lorsque ceux qui prennent leur légitime n'ont point droit de succéder à quelqu'espèce de biens du défunt, ces biens ne sont pas comptés pour faire la distraction de la légitime et on n'y a nul égard pour trouver la part des légitimaires qui n'ont pas droit d'y succéder. » Ainsi la légitime demeurait toujours une délibation de la succession intégrale qu'elle représentait.

117. De là encore certains genres de biens étaient dévolus invariablement à certaines personnes, et respectivement à ces biens la succession intégrale devenait une légitime. Nous en avons vu un exemple remarquable dans l'antique succession bergewatique et géradique.

On retrouve quelque chose de semblable dans notre très-ancienne coutume de Bretagne.

Art. 63. « Les harnois de guerre ne chéent en partage et doivent demeurer à l'hoir principal des nobles et l'élite des chevaux avec leur harnois.

Art. 69. « Et aura la femme noble ses robes et ses joyaux.

La succession intégrale de cette sorte de biens est donc invariablement dévolue à certaines personnes, à l'égard desquelles ces biens sont une sorte de légitime. Le caractère de la légitime semble en effet se révéler ici. C'est toujours et essentiellement une succession, mais une succession invariable. Si la succession intégrale soit de tout le patrimoine, soit comme il arrive le plus ordinairement d'une certaine espèce de biens, est ainsi transmise d'une manière invariable, la succession intégrale ou du patrimoine ou de ces biens devient une légitime. Ainsi les propres dans les coutumes où ils étaient inaliénables constituaient une véritable légitime et composaient souvent seuls ce qu'on appelait la réserve coutumière. La différence entre la succession et la légitime réside donc uniquement dans le degré de rigueur de la transmission, dans l'inviolabilité de la dévolution légale. En un mot la légitime n'est, dans l'esprit de nos coutumes et de notre famille, germanique d'origine, qu'une succession invariablement fixée et dirigée vers l'héritier avec une rigueur absolue.

« La réserve, dit M. Grenier, n'est qu'un *droit de succéder* mis en accord avec la disposition dont le législateur a voulu donner la faculté au défunt, jusqu'à un taux réglé de disponibilité. » Conforme aux notions que nous avons exposées, cette définition de la légitime don-

ne une idée parfaitement juste du principe qui lui sert de fondement et a l'avantage en outre d'être applicable à tous les systèmes de législation.

118. Après nous être fixés sur le caractère de la réserve, il nous reste à rechercher quelle est la quotité à laquelle il convient de la fixer.

La solution de cette question dépend d'une foule de circonstances qui échappent à l'influence du législateur et qu'il doit néanmoins prendre en considération. Nous avons vu dans les chapitres qui précèdent que l'indivision et la fixité étaient l'esprit des législations successorales dans l'Orient, nous avons vu aussi que la faculté de disposer dans l'ordre domestique se subordonne à l'état politique et même jusqu'à un certain point au système du droit international dont les exigences supposent certaines limites imposées à cette faculté.

Dans notre ancien droit français l'esprit de conservation dominait partout et il avait fait consacrer des règles fortement restrictives de la faculté de disposer.

« Anciennement, dit Vely, tous les propres étaient inaliénables sans le consentement de l'héritier présomptif ou sans nécessité jurée ou sans intention de les remplacer par d'autres acquisitions. Depuis on l'obligea du moins de les offrir aux plus proches parens qui pouvaient les prendre au prix convenu avec l'acheteur devant les juges ordinaires dont l'approbation était toujours requise pour légitimer la vente. Heureux siècle où le gouvernement toujours attentif au bien de la chose publique forçait en quelque sorte les familles à la conservation de leur patrimoine ! »

La totalité des propres formait donc la légitime et il

ne restait à la disposition du père de famille que les meubles et les acquêts. Dans la suite cette rigueur reçut des adoucissemens et dans le tableau que nous avons présenté des principales modifications de la faculté de disposer dans notre droit coutumier, on a pu remarquer, que le plus souvent l'idée de réserve proprement dite n'est pas ce qui préoccupe le législateur. La fixation de la légitime est même omise dans un très-grand nombre de coutumes et n'a été suppléée que par la jurisprudence. Il ne règle précisément ni les variations qu'elle semble devoir naturellement subir en raison du nombre des enfans, ni le rapport de celle d'un enfant à celle d'un étranger. En un mot la légitime, comme limite entre la faculté de disposer dérivant du droit de propriété et la portion due aux enfans pour assurer leur subsistance et leur établissement, ne se présente que rarement, d'une manière spécifique et formelle, dans la législation coutumière. Le législateur met à part une certaine portion du patrimoine, quelque fois il en prend la totalité, il l'affecte à la conservation de la famille en frappant certaines espèces de biens d'une inaliénabilité plus ou moins complète et il s'arrête là, sans entrer dans la considération ultérieure d'une détermination de la réserve dans l'intérêt individuel de chaque enfant. Le plus souvent même il ne protège que le côté extérieur de la famille et n'établit que la restriction patrimoniale ou la réserve de la famille de la civilisation, sans faire de dispositions spéciales en faveur de la famille de la nature.

119. La loi de germinal est la première loi qui nous paraisse avoir bien saisi le côté objectif de la réserve Son article premier porte :

« Toutes libéralités qui seront faites soit par actes en-

tre vifs, soit par actes de dernière volonté dans les formes légales seront valables lorsqu'elles n'excèderont pas le quart des biens du disposant s'il laisse à son décès moins de quatre enfans; le cinquième s'il laisse quatre enfans; le sixième s'il en laisse cinq et ainsi de suite, en comptant toujours, pour compter la portion disponible, le nombre des enfans plus un. »

Cette disposition repose évidemment sur deux idées ou deux principes.

Le premier, que la totalité de la succession doit passer aux héritiers du sang et que la réserve doit être la grande portion du patrimoine de la famille qu'elle représente. De là la proportion numérique ne commence qu'à partir de la quotité des trois quarts réservée.

Le second principe consiste en ce qu'il ne paraît pas juste qu'un étranger puisse recevoir plus qu'un enfant d'où résulte la détermination de la quotité disponible par nombre des enfans plus un. Ces deux principes combinés entr'eux et avec l'observation précédemment faite qu'un disponible du quart suffit pour atteindre le but de réparation dont le devoir incombe au père de famille, conduisent à cette conséquence, que la réserve ne doit pas excéder les 3/4 du patrimoine et que la quotité disponible ne peut excéder une quotité des biens déterminée par le nombre des enfans plus un. C'est précisément la disposition de l'article premier de cette loi.

On a objecté contre cette graduation de la légitime sur le nombre des enfans si naturelle et si juste, qu'elle donnait intérêt au père à avoir un moindre nombre d'enfans et qu'ainsi elle pouvait nuire à la fécondité des mariages.

Mais c'est en général une mauvaise manière de juger

les dispositions d'une loi que de trop s'arrêter à la considération des abus auxquels elles pourront donner lieu. Quand on est dans les termes de principes certains ou dans leurs justes conséquences, la crainte qu'il ne soit pris occasion de résultats légitimes en soi pour se porter à des actes frauduleux et illicites ne peut suffire pour motiver la désertion des principes et faire changer de système. Il n'y a point de lois, de quelques minutieuses précautions qu'elles s'entourent, dont on ne puisse abuser.

Ainsi la disposition fameuse des lois d'Athènes qui confiaient aux cognats la tutelle des mineurs et refusait ce droit aux agnats était vicieuse.

C'est ainsi encore que la proposition qui fut faite lors de la discussion du code, de régler la quotité disponible indépendamment du nombre des enfans, l'était également.

La loi d'Athènes violait deux règles fondamentales, celle qui accorde la préférence aux parens par mâles toutes les fois qu'il s'agit d'autorité et de protection, celle qui veut qu'une charge incombe aux personnes auxquelles appartient l'émolument éventuel qui y correspond. Elle alléguait pour motif la crainte que les agnats appelés à la succession de leurs pupilles n'avançassent par des moyens criminels la mort de ceux-ci pour se procurer plus promptement leur succession.

La proposition sur le réglement de la légitime se fondait sur la crainte probablement chimérique de nuire à l'accroissement de la population. Le danger de mettre le père dans une position telle qu'il eût été intéressé à procréer un moindre nombre d'enfans pour jouir d'une plus large faculté de disposer eût fait, dans ce système, sa-

crifier des règles pleines de justice et d'équité à la simple possibilité d'abus criminels.

Il semble donc qu'en principe, le système de la loi de germinal avait saisi la véritable limite d'une juste faculté de disposer tant à l'intérieur de la famille qu'à l'extérieur, en permettant au père d'assimiler un étranger à l'un de ses propres enfans et de donner à un enfant une part double de celle qui resterait à chacun des autres.

120. Cependant le code a reculé devant une disposition si parfaitement conséquente; il a transigé avec les principes et a voulu que le minimum de la quotité disponible ne fût jamais inférieur au quart.

Ce que l'on peut dire de plus plausible pour justifier l'adoption de ce moyen terme entre l'extrême faveur de la puissance paternelle et ce que veut l'exacte justice, c'est le peu de réclamations qu'elle excita. Si l'on consulte en effet les vœux émis par les tribunaux d'appel, il n'y en a qu'un très-petit nombre, deux ou trois sur toute la surface du territoire, qui aient réclamé contre la quotité de la réserve telle qu'elle est déterminée par le code.

Une certaine latitude dans la faculté de disposer produit à l'intérieur de la famille et à l'extérieur des effets contraires, nous les avons notés. A l'intérieur elle conserve le patrimoine de la famille, à l'extérieur elle l'amoindrit et le dissipe. Mais est-il vrai qu'elle ait pour effet d'accroître le pouvoir paternel?

Tout pouvoir dépend d'un pouvoir supérieur dont il émane. Ce n'est que là qu'il trouve sa force et sa raison. La distribution des récompenses et des peines ne doit pas être pour le pouvoir un moyen direct de se conserver ni de s'étendre. Il ne peut en user que pour

atteindre sa fin, qui est de maintenir ou de rétablir l'ordre dans la société qu'il régit. Une autorité faible qui cherche à se faire des partisans par des faveurs et à écarter ses ennemis par des peines et des vengeances, répartit nécessairement ces peines et ces faveurs avec partialité. Bien loin d'accroître par là sa considération personnelle, elle ne fait que se rendre plus odieuse et et dévoile son impuissance. Aussi pas de plus fausse mesure politique que celles que l'on voit prendre à certaines époques aux gouvernemens ébranlés qui essaient de ressaisir la puissance par la création de nouveaux priviléges ou d'emplois onéreux à l'état, qu'ils distribuent ensuite à leurs créatures.

Dans l'ordre domestique il n'en va pas autrement. C'est dans le pouvoir public que le père de famille doit trouver la sanction de son autorité et non dans l'inégale distribution de sa fortune entre ses enfans. Tout système qui cherche un appui à l'autorité paternelle dans l'exercice arbitraire de cette autorité est faux et inconsistant. Il est injuste en ce qu'il fait dépendre le sort des enfans d'un caprice du père de famille. Il est dégradant en ce qu'il donne pour base à la piété filiale et aux saints devoirs qu'elle impose un vil intérêt. Le pouvoir domestique trouvera son appui dans le pouvoir public qui, par une bonne direction imprimée à l'éducation de la jeunesse, par les peines dont il flétrit les infracteurs du respect dû aux pères, par la protection accordée à l'enseignement des vérités morales et religieuses, l'environnera de considération et de force et fera passer dans les mœurs des habitudes bien réglées. La faculté de tester la plus illimitée ne remplira jamais ce but. Elle semble au contraire, en laissant les dépositaires du pouvoir domesti-

ques, la hiérarchie de divers ordres privilégiés exigent un système successoral fortement conservateur (2), et réciproquement, dès qu'un esprit conséquent presse un peu le principe conservateur d'où naissent les institutions successorales, il en fait sortir la hiérarchie et le privilége. La mobilité au contraire convient aux états démocratiques et la vocation de tous à la participation du bien-être social a pour résultat nécessaire l'instabilité des fortunes et des conditions.

122. La loi de nivôse quoique portée dans un état démocratique refusa aux pères la faculté de tester. Nous avons déjà expliqué cette anomalie apparente. C'est qu'à cette époque le pouvoir public, quoique poussé dans des voies d'égarement, avait une force incontestable. Certes ce n'était pas l'énergie qui manquait au gouvernement révolutionnaire. Il déployait au contraire dans toutes ses mesures une inflexible rigueur. L'autorité paternelle s'oblitéra et s'évanouit devant la volonté de fer du gouvernement. Il n'y eut plus d'enfans de famille, on ne vit que des citoyens.

Sous le régime politique mou et incertain de la restauration on s'étonne que l'autorité domestique n'ait pas reçu d'accroissement. On peut observer néanmoins dans la législation familiale de cette époque une certaine tendance, quelques efforts même pour s'emparer du terrain que l'état public paraissait lui céder. L'extension du pouvoir paternel jusqu'à 25 ans pour le mariage fut demandée fréquemment aux chambres, on proposa un droit d'aînesse facultatif et on fit une loi des substitutions. Ajoutez à cela que les droits fiscaux sur les libéralités en ligne descendante furent notablement diminués. Ces faits suffisent pour montrer qu'on marchait

A Rome donc où tout prenait la forme du droit, ce fut la fiction de l'unité de personnes qui fit prohiber les avantages entre conjoints. Dans la suite la législation s'étant adoucie, les avantages entre conjoints furent permis, mais ils demeurèrent néanmoins toujours révocables. C'étaient des espèces de testamens.

124. Dans les pays coutumiers la même prohibition se produisit par son côté moral. Le fondement de la prohibition résidait tout entier dans les égards que se doivent les époux et la protection que mérite la femme. Aussi n'existait-elle qu'autant que la faculté de disposer eût pu avoir pour effet de spolier celle-ci ou de donner à l'autorité maritale la faculté d'abuser de son ascendant naturel. De là les dons mutuels entr'époux furent permis.

L'origine des dons mutuels remonte à la plus haute antiquité; ils étaient connus sous la première race de nos rois.

Les coutumes avaient des dispositions très-variées sur les conditions nécessaires à la validité des dons mutuels, mais se rapportant toutes aux égards dûs entre conjoints, à la crainte d'une violence morale, à la protection bien entendue de leurs intérêts respectifs.

Ainsi certaines coutumes ne permettaient le don mutuel que des biens de communauté, d'autres ne permettaient qu'un don d'usufruit. Quelques-unes exigeaient que les époux fussent en santé au moment du don mutuel. Dans d'autres le don mutuel n'était permis entre conjoints qu'autant que l'âge de l'un était à peu près égal à celui de l'autre. La différence ne devait pas excéder, là 15, ici 10 ans. Le don mutuel n'était valable, suivant la coutume de Paris et plusieurs autres, que

lorsqu'il y avait une égalité parfaite entre les choses que les conjoints se donnaient réciproquement.

D'autres coutumes, telles que celles d'Anjou et de Tours, n'exigeaient pas cette égalité. Il suffisait que la disposition portât sur des biens de même espèce, des propres pour chacun si c'était de propres que l'un des conjoints avait disposé, d'acquêts pour chacun si c'était d'acquêts. Le don n'était valable qu'autant que celui du conjoint l'était pareillement. La coutume de la Marche, après avoir exigé l'égalité dans le don mutuel, ajoutait que s'il était inégal il serait réduit à l'égalité. Enfin la jurisprudence avait admis que les mineurs même pouvaient se faire le don mutuel autorisé par la coutume, et cette jurisprudence était fondée sur ce que la prohibition d'aliéner les biens ayant pour objet d'empêcher qu'ils ne se fissent préjudice, elle devait cesser dans le cas du don mutuel qui n'avait lieu que pour l'avantage réciproque des conjoints.

125. La loi du 17 nivôse an 11 détruisit le système prohibitif adopté par les coutumes. On permit aux époux de se faire pendant le mariage toute espèce d'avantages même par donations entre vifs et à titre irrévocable, sauf la réduction en faveur des enfans.

Ce relâchement de l'exactitude des principes eut pour cause ou bien l'affaiblissement de la puissance maritale ou bien l'oubli des égards et de la juste protection dus à la femme.

Aussi cette loi tout en permettant aux époux de se faire toute espèce d'avantages, prohiba par d'autres dispositions toute libéralité testamentaire à l'un des héritiers présomptifs. C'est cette loi du 17 nivôse qui proscrivit comme frauduleuses les donations à rentes viagères

en faveur des mêmes héritiers. Disposition inique et dure. C'est presqu'une loi *ab irato* contre la puissance paternelle. Son principe était évidemment le décroissement de ce pouvoir.

La faculté de disposer entre enfans et celle de disposer entre conjoints se rattachent donc à des idées d'ordres différens. La première atteste une extension, la seconde un décroissement de la puissance domestique.

126. La faculté de disposer en général a ses limites dans la nécessité de la conservation des familles. Cette conservation dépend de deux élémens, l'accroissement de la population, l'accroissement des subsistances. La faculté de disposer doit être réglée de telle sorte que la division du patrimoine diminutive de son intégralité, ne détruise pour la famille la certitude des subsistances que dans la mesure selon laquelle s'accroît pour elle et chacun de ses membres la probabilité de la réparer par l'effet de l'accroissement des ressources extérieures et de prospérité publique. La détermination de ce rapport dépend de données essentiellement variables et incertaines. On y rencontre d'ailleurs une difficulté intrinsèque qui dérive de la nature des choses. La population croît suivant une proportion géométrique, les substances ne croissent que dans un rapport arithmétique. La première, après un petit nombre de termes surpasse l'autre suivant une progression si rapide que, quelle que soit la combinaison adoptée dans la répartition des biens héréditaires pour maintenir l'équilibre, cet équilibre est incessamment rompu. Ajoutez que l'on ne connaît pas toutes les causes qui peuvent faire varier la loi de progression de l'accroissement de la population. Cet élément de calcul paraît enveloppé de mystères si profonds

qu'il est bien difficile d'obtenir une expression constante et uniforme d'une loi où il entre comme donnée nécessaire. Il paraît donc à peu près impossible de déterminer mathématiquement et d'une manière abstraite la proportion que doit conserver la réserve par rapport à la masse du patrimoine dans toutes les hypothèses possibles et ce problème de législation générale ainsi posé, peut être regardé comme insoluble.

NOTES

DU CINQUIÈME CHAPITRE.

(1). « On peut comparer les testamens aux pardons arbitraires qui corrigent la dureté des lois pénales » Bentham, traité de législation.

(2). « L'honneur, dit Montesquieu, étant le principe du gouvernement monarchique les lois doivent s'y rapporter.

« Il faut qu'elles y travaillent à soutenir cette noblesse dont l'honneur est pour ainsi dire l'enfant et le père.

« Il faut qu'elles le rendent héréditaire ; non pas pour être le terme entre le pouvoir du prince et la faiblesse du peuple, mais le lien entre tous les deux.

« Les substitutions qui conservent les biens dans les familles seront très-utiles dans ce gouvernement, quoiqu'elles ne conviennent pas dans les autres.

« Le retrait lignager rendra aux familles nobles les terres que la prodigalité d'un parent aura aliénées.

« Les terres nobles auront des priviléges comme les personnes. On ne peut pas séparer la dignité du monarque de celle du royaume, on ne peut guères non plus séparer la dignité de noble de celle de son fief.

« Toutes ces prérogatives seront particulières à la noblesse et ne passeront pas au peuple si l'on ne veut choquer le principe du gouvernement, si l'on ne veut diminuer la force de la noblesse de celle du peuple........»
Esprit des lois.

(3). Nous ne pouvons résister au désir de mettre sous les yeux de nos lecteurs quelques idées de M. Niebuhr sur ce sujet intéressant :

« On a dit que la race humaine se multiplie naturellement dans un rapport géométrique, et l'augmentation des moyens de nourriture n'ayant lieu que dans un rapport arithmétique, il en naît un conflit qui nécessite une action en sens contraire de l'accroissement du nombre des hommes. La supposition est fictivement inexacte. La tendance à l'accroissement du nombre est une avec la tendance de conservation ; mais cela est régularisé par deux circonstances qui donnent les résultats les plus différens. En premier lieu par la différence des espèces humaines et même par celle beaucoup plus délicate des races. Un plus haut degré de force vitale dans les plus nobles espèces produit une plus grande fertilité. Comme réciproquement dans les races inférieures on remarque une prolificité propre à quelques-unes. Les Chinois égalent sous ce rapport leurs animaux domestiques. En second lieu parce que la nature, dans un espace déterminé, n'est capable de produire qu'une certaine somme de vie humaine, différente pour les différentes espèces et races, mais tendant à obtenir ce développement si elle n'est pas comprimée. De là l'augmentation si rapide de population dans les pays nouvellement défrichés, augmentation dont le rapport diminue à mesure que s'accroît la population de la surface. Sa loi est le rapport inverse de la population au carré de la surface jusqu'à ce qu'elle atteigne un maximum que la colonisation même ne suffit pas pour conserver.

« Par là s'explique comment il se fait que les noirs accablés de travaux également durs et soumis à un traitement également rigoureux, importés dans la même effrayante disproportion de sexes quant au nombre,

Seconde Partie.

Des successions et des principales institutions familiales.

CHAPITRE PREMIER.

Des Testamens.

SOMMAIRE.

127. *Nécessité, pour reconnaître quels sont les principes applicables à une institution juridique, d'étudier ses transformations successives.*

128. *L'usage des testamens remonte à la plus haute antiquité, mais ils eurent dans l'Orient un sens tout différent de celui que leur donna le droit romain.*

129. *C'étaient des legs ou des partages entre enfans. L'idée d'adoption, fondement du testament proprement dit, leur était tout-à-fait étrangère.*

130. *La faculté testamentaire érigée en règle générale et reculant au rang d'exception l'ordre de succéder légi-*

time est, dans l'état présent des choses, une position législative, inconsistante.

131. *La transmission testamentaire est essentiellement la création d'une famille nouvelle.*

132. *De là l'institution d'héritier. Sa définition. Ses principales conséquences. C'est le côté objectif du testament.*

133. *Description de la lutte qu'offre le droit romain entre les principes contraires de l'hérédité légitime et de la faculté testamentaire, citation de M. Gans.*

134. *Energie de la puissance de disposer dans la faculté testamentaire. Fiction sur laquelle elle repose.*

135. *Indication des principaux caractères que prit l'institution testamentaire chez divers peuples.*

136. *Des testamens indien et chinois. Le testament à la Chine est plus formel que réel.*

137. *Du testament mosaico-talmudique.*

138. *Quel est le mode de succéder naturel et vrai. Rome s'en écarta.*

139. *Le droit talmudique admet la faculté illimitée de disposer par donations entre vifs. Il est essentiel dans l'étude de ce droit de distinguer ce qu'il contient de national de ce qui s'y trouve d'origine étrangère.*

140. *Ce que fut le testament grec. Comment se faisait l'adoption à Athènes.*

141. *Le testament attique avait pour fondement l'adoption d'un fils.*

142. *Il avait la forme d'un véritable contrat entre vifs.*

143. *Accord de notre théorie du testament avec le développement historique.*

144. *Le testament attique met en lumière deux élémens essentiels de l'institution testamentaire : le moment contractuel, la préférence due aux héritiers du sang. Dans le testament attique les deux élémens corrélatifs du contrat devaient se trouver réunis à l'instant de sa confection. Le contrat réside au fond de toute succession testamentaire. Dans les législations postérieures, ces deux élémens sont séparés.*

145. *Dissemblance qui en résulte dans ses effets. A la différence du testament attique, celui des autres peuples peut être révoqué sans le consentement de l'héritier institué.*

146. *La préférence due aux héritiers du sang, quoique contraire au principe de l'institution testamentaire, est toujours implicitement supposée par elle. Comment le testament attique a développé ce moment essentiel.*

147. *Il fut une véritable adoption et conséquemment il n'était pas exclusif de l'hérédité légitime, à la différence des législations où il a reçu sa forme définitive.*

148. *Ce qu'est devenu le testament chez les peuples germaniques. L'élément contractuel s'y montre de nouveau de même que dans la Grèce. Des confraternités. Des pactes de familles. De l'institution contractuelle.*

149. *Exemples de l'exercice de la faculté de tester chez ces peuples dans la plus haute antiquité. Mais elle n'y eut jamais le sens de l'institution romaine.*

150. *Dans la famille l'individualité s'exprime par le testament, le principe substantiel de la famille, par l'ordre de succéder légitime. La prépondérance de l'un ou de l'autre dépend de l'état intellectuel de la société.*

151. *Les entraves mises à la faculté de disposer pourraient être levées ou s'effacer indéfiniment, par suite des transformations éventuelles de l'ordre social.*

152. *La faculté testamentaire proprement dite considérée comme droit ne se soutient qu'à l'aide d'une fiction, celle de l'immortalité de la société.*

153. *Comment le testament fait retour à l'ordre intellectuel et y prend un caractère tout différent. Que le principe de conservation dans l'hérédité admis d'une manière absolue fait descendre la société presqu'au rang de la nature physique.*

127 « Il faut demeurer d'accord, dit Furgole dans son traité des donations et testamens, que la connaissance du véritable esprit des lois n'est pas aisée, surtout dans la matière des testamens, à cause des différentes variations qu'elle a souffertes avant de parvenir à un point fixe; cependant elle n'est pas impossible. Mais je ne vois point qu'on puisse l'acquérir à un certain point de perfection (et ce que nous voyons dans la variété des opinions des auteurs en est la preuve), si l'on ne se donne la peine d'apprendre la chronologie du droit, de le réduire en systèmes, de remonter aux premières lois et de distinguer les différentes variations et les changemens que les lois postérieures ont faites dans leur progrès. C'est par cette seule et unique méthode que l'on peut discerner quelles sont les dispositions abrogées, quels sont les principes et quelles sont les règles qui doivent servir de fondement à la résolution des questions qui peuvent se présenter et que l'on peut trouver un point fixe de décision. »

C'est que la plupart des institutions civiles ne sont qu'une longue et respectable tradition dont les élémens se transforment à mesure qu'elles se déroulent sur la scène de l'histoire, mais dont les traces les plus divergentes retiennent toujours quelque chose de leur commune origine.

128. L'usage des testamens remonte à la plus haute antiquité. On connaît le testament de plusieurs patriarches, et d'anciens auteurs font mention en particulier d'un testament de Noé, écrit et scellé, par lequel il dut partager la terre entre ses trois fils. On regardait comme hérétiques au quatrième siècle ceux qui doutaient de ce fait. Les Hébreux apportèrent l'institution du testament en Egypte d'où elle passa en Grèce. De la Grèce elle parvint dans la loi des Douzes Tables, aux Romains qui la répandirent partout; et notamment chez les peuples germaniques, où elle ne fut reçue qu'assez tard.

Il est néanmoins essentiel de distinguer les testamens qui furent en usage dans les anciens états de l'Asie, même chez les Hébreux et chez les Egyptiens, de ceux que la Grèce produisit et formula, et qui furent portés chez les Romains à un si haut degré de puissance et de rigueur. Ce sont des institutions toutes différentes.

129. Les exemples de la faculté de tester que nous a transmis la Genèse ne sont pas de véritables testamens. Ils ont le caractère de legs ou de partages entre enfans. L'institution d'héritier, la création d'une famille nouvelle en remplacement de celle que la nature avait donnée au testateur, l'adoption, en un mot, comme idée fondamentale du testament leur était tout-à-fait étrangère et ne se produisit que dans le monde grec avec le développement de la personnalité. La fixité des institutions

orientales, leur couleur religieuse, les retours périodiques attachés au jubilé et à l'année sabbatique étaient d'ailleurs incompatibles avec cet absolutisme de la propriété que fait naître la faculté testamentaire proprement dite. Le texte du prophète Ezechiel, chap. 46, vers. 17 et 18, confirme ici pleinement le récit historique et ne laisse aucun doute que chez les Hébreux le testament n'ait été qu'un partage entre enfans ou un legs. Ils ne pouvaient exprimer leurs préférences que dans l'intérieur de la famille et ce n'était qu'à défaut d'enfans qu'il leur était permis de transférer à un étranger le patrimoine domestique : *Si autem dederit legatum hereditate sua uni servorum suorum, erit illius usque ad annum remissionis et revertatur ad principem ; hereditas autem ejus filiis ejus erit, et non accipiet princeps de hereditate populi per violentiam et de possessione eorum ; sed de possessione suâ hereditatem dabit filiis suis.*

Les testamens d'Abraham, d'Isaac, de Jacob n'étaient rien autre chose. Ce ne furent point des testamens proprement dits.

130. Cette assertion si fréquemment répétée que les testamens ont été en usage chez tous les peuples n'est donc pas exacte ou du moins elle ne l'est qu'avec une distinction. La faculté de disposer d'une partie de ses biens, soit en faveur d'un de ses héritiers de préférence aux autres, soit pour des causes pieuses ou rémunératoires a été partout en usage. Mais il n'en est pas ainsi du droit de priver son héritier naturel de sa succession pour se créer, par une puissance absolue et arbitraire, un héritier nouveau. C'est en cela néanmoins que consiste le trait caractéristique de la faculté de tester.

Il semble qu'il y ait quelque vice dans le sens moral

d'un peuple qui érige en principe la transmission testamentaire des biens et recule au rang d'exception leur succession naturelle et légitime conformément à la loi du sang. Perpétuer la famille sans le secours du mariage est en effet une anomalie évidente. C'est en quelque sorte éluder la loi de la reproduction. S'emparer d'une race qui nous est étrangère et ne nous appartient à aucun titre, se l'approprier pour en faire le représentant de tous nos droits et de toutes nos obligations, n'est-ce pas une véritable adoption? Mais l'adoption supplée à la nature et ne la remplace pas : ce doit être une exception rare, en faire une règle générale révèle dans leurs mœurs publiques une sorte de décrépitude..

C'est aussi parce qu'il s'agit dans le testament de la création, de la conservation ou de l'anéantissement d'une famille, que chez tous les peuples qui en ont fait usage, il a été soumis à de nombreuses et de sévères formalités. C'est pour cette raison qu'à Rome une loi *calatis comitiis* était nécessaire. Le père de famille ou le citoyen revêtu de certaines dignités pouvait dans certain cas disposer du sort d'un individu, le père pouvait même condamner son fils à mort, mais son autorité était insuffisante pour disposer d'une famille. Quelqu'inférieure qu'elle puisse être aux premières illustrations de l'état, la famille, dans une question aussi grave que celle de son existence, ne saurait être soumise qu'à la société elle-même dont elle est une image. On peut dire aussi que l'efficacité accordée par la loi à la volonté de l'homme qui dispose pour un temps où il n'existera plus, est un effet si exorbitant, que pour l'obtenir l'autorité publique ne saurait déployer des formes trop solennelles, comme une éclatante manifestation de sa sanction toute puissante.

De même que le mariage est l'union de deux familles et non pas seulement de deux individus, l'institution d'héritier quoiqu'elle émane de la volonté individuelle, a pour objet la création ou l'anéantissement d'une famille par la transmission arbitraire de son patrimoine. Lorsqu'on recherche l'origine des institutions civiles, c'est toujours de la famille et de la société qu'il s'agit et rarement des individus. C'est la famille, sa création, sa conservation, son accroissement, ses relations avec la société publique qui donnent lieu à ces faits sociaux dont la source est dans les lois de son organisme et qui en se répétant deviennent des usages, des maximes et un droit. L'individualisme et les droits de la personnalité ne se développent complètement que plus tard, sur un autre terrain, et au détriment de ces premières constructions juridiques.

132. Ce qui constitue le fond du testament proprement dit, est donc d'une part la puissance accordée à la volonté du testateur. Furgole le compare à une espèce de souverain que la loi place sans autres limites que celles de la raison, de l'honnêteté, des bonnes mœurs, du droit civil au milieu de sa famille pour la régler et lui faire la loi: *Disponat itaque unusquisque super suis ut dignum est, et sit lex ejus voluntas; sicut et antiquissima nobis lex et prima penè republicæ Romanorum disponens ait (dicimus autem 12 tabulorum) secundum antiquam et patriam linguam ita dicens uti legassit quisque de sua re ita esto.* D'autre part l'institution d'héritier est le côté objectif du testament et l'importance que les jurisconsultes attachent à cette formalité prouve jusqu'à l'évidence que le testament n'est vraiment qu'une élection d'héritier, une espèce d'adoption par laquelle on supplée ou

l'on remplace la famille naturelle, une sorte de création en un mot d'une nouvelle famille factice.

L'institution d'héritier est une formalité intrinsèque. C'est la nomination ou désignation, faite par testament, de celui ou de ceux qui doivent succéder à tous les droits du testateur et une destination de l'entière hérédité du défunt. C'est proprement tout le contenu du testament. Elle lui est si essentielle qu'elle en est le fondement et la base et que c'est d'elle que toutes les dispositions du testament tirent leur force.

De là toutes les dispositions du testament sont anéanties si l'hérédité n'est pas acceptée. De là dans l'ancien droit romain la nécessité de commencer par l'institution d'héritier. De là encore l'incompatibilité de la succession testamentaire et de la succession légitime! La succession testamentaire excluait la succession légitime. De là la saisine légale qui appartenait sans aucune tradition aussi bien à l'héritier institué qu'à l'héritier du sang. De là enfin le droit d'accroissement qui avait lieu à l'égard des héritiers institués conjointement, même contre leur gré, et qui reposait sur cette raison que les testamens étant regardés comme de véritables lois des familles, il semblait absurde de laisser subsister simultanément, à l'égard d'un même sujet, deux lois contraires (1).

133. M. Gans fait l'exposé des phénomènes extérieurs de l'opposition juridique qui exista chez les Romains entre le principe du testament et celui de la succession légitime et il les divise en trois périodes.

La première est celle de l'opposition encore enveloppée de l'hérédité *ab intestat* et testamentaire. Elle s'étendrait, selon lui, du temps de la royauté et du

commencement de la république jusqu'à celui où le testament *per æs et libram* fut mis au nombre des formes du testament.

« La seconde ou la période dans laquelle se produit l'opposition de l'hérédité testamentaire et de la succession *ab intestat* a pour point de départ le principe *uti legassit super familiæ pecuniæ tutellæ re suæ rei ita jus esto* ou la loi des Douze Tables. Elle s'étend jusqu'au commencement du temps des empereurs, jusqu'à l'admission du testament prétorien.

« La troisième période enfin, celle où l'opposition s'efface et fait place à la confusion, peut dater son origine de l'introduction de la querelle d'inofficiosité ou du *quadruplum judicium* et se termine par la novelle 115 de Justinien.

Le même auteur résume dans les propositions suivantes le développement qu'a subi le rapport de la disposition arbitraire au droit de famille pendant la seconde période.

I. Le libre arbitre se dégageant conserve encore dans la forme un lien avec le système substantiel, de manière cependant que la réalité est toute du côté du libre arbitre.

II. A mesure que la forme se relâche et que le libre arbitre se trouve débarrassé de la forme, une partie de cette forme passe au réel qui devient comme un réel encore formel, par conséquent une limitation du libre arbitre.

III. Ce réel formel dépouille ce qui n'est que la forme, se reconnaît comme réel et oppose au libre arbitre les exigences du droit de famille.

Passant à la troisième période, celle du temps des em-

pereurs, « l'empire dit M. Gans, t. 2, p. 119, dans sa nature toute différente et sa constante destruction du républicanisme, affectant d'abord les formes de la république, bien plus paraissant les honorer et les rétablir, comme le prouve ce qui se passa aux derniers jours de la république, la querelle d'inofficiosité ne peut, par rapport au droit subsistant, être directement abolitive et destructive, mais sa tâche est de l'ensevelir tout en le reconnaissant, et du siége invisible qu'elle s'est erigée auprès de son trône, de dominer ce trône même. »

Depuis le commencement de cette période jusqu'à sa fin, on divise en trois momens l'histoire de l'opposition du testament et de la famille, opposition qui s'efface incessamment et finit par se perdre dans une fusion complète.

« I. Le premier moment comprend la querelle d'inofficiosité comme le premier éveil tout abstrait de l'amour de la famille, s'attachant sous la forme d'un droit accessoire et tout subsidiaire au formalisme du droit romain et à son édifice qu'elle respecte et laisse intact. La querelle d'inofficiosité a donc une sphère illimitée avec une tendance à s'accroître de plus en plus, et forme, comme le droit *ab intestat* qu'elle représente, opposition au système du libre arbitre.

II. Fatigué de cette abstraction et de cette indétermination, cet amour de la famille avec la querelle d'inofficiosité qui lui correspond se fixe d'une manière *quantitative* ; en même temps il s'évalue et échange l'infinité de son idée contre une part héréditaire. Les héritiers ainsi satisfaits sont les légitimaires.

III. Mais nonobstant cette détermination quantitative et cette appréciation de l'amour de la famille, l'opposition du système de famille et du droit formel n'ayant

pas encore disparu, il reste à placer par un dernier effort la querelle d'inofficiosité et la légitime dans l'intérieur du droit même et à les élever de la simple opposition d'institutions contraires à la valeur d'un droit formel. C'est la novelle 115 qui a franchi ce dernier pas, elle est la plus haute identité d'opposition à laquelle puisse parvenir le monde romain.

« . . . . Ainsi, continue en finissant le même auteur, l'opposition du testament et de l'hérédité *ab intestat* s'arrête lorsque les principes contraires ne possèdent plus rien en quelque sorte. Ce n'est qu'après avoir épuisé toutes leurs forces l'un contre l'autre qu'ils demeurent paisiblement juxtà-posés. Observés dans cette juxtà-position ils expriment le résultat de leur lutte, leur identité dans un troisième système qui se forme auprès de l'un et de l'autre, en même temps que leur corrélation inactive et leur union dans la doctrine et dans les règles émanées d'eux. »

134. Le testament proprement dit comprend un double principe ; la représentation, la puissance de disposer.

Le principe de la représentation qui fait immédiatement entrer l'héritier à la place du défunt est proprement l'élément héréditaire. Il s'exprime par la nécessité de l'institution d'héritier avec toutes ses conséquences. C'est la translation de la masse du patrimoine, de l'ensemble des droits et des obligations du défunt.

La puissance de disposer n'est qu'un fraction du droit de propriété, mais d'un droit de propriété exorbitant si nous l'osons dire et qui sort de ses limites naturelles. Par la nature des choses la volonté de l'homme expire à son décès; par la puissance testamentaire, c'est à la mort que cette volonté commence d'avoir une existence

légale. Le testateur ne transmet rien de son vivant pas même une espérance, il conserve la plénitude du domaine et rien ne peut faire obstacle à tous les changemens qu'il lui plaira d'apporter à ses dernières volontés. Néanmoins il veut que sa volonté commence d'avoir effet à un temps où il n'existera plus et où par conséquent cette volonté aura elle-même cessé d'exister, il veut que par l'efficacité de cette volonté qui n'existera plus, des biens qu'il ne possédera plus, sur lesquels il n'aura plus aucun droit puisque *mors omnia solvit*, soient transmis à celui qu'il se sera, par un pur caprice peut-être, choisi pour héritier au mépris des droits du sang et de la nature. Aussi le droit épuise, pour autoriser cet acte suprême, tout ce qu'il possède de forces et de hardiesse. Outre la grande fiction successorale de la représentation, idée fondamentale de la société civile, qui s'exprime avec une énergie toute spéciale dans la rigueur de la règle de l'institution d'héritier, le testament en suppose une foule d'autres aussi contraires que celle-là à la nature et à la vérité, mais qui ne sont pas comme elle fondées sur l'absolue nécessité résultant de la mort et de sa réparation sociale. Ces fictions que nous avons énumérées ci-dessus, se réfèrent à la volonté du testateur et ont pour objet de la soutenir dans son passage et à sa sortie de la vie. Le moment de la confection du testament est uni par une fiction à celui du décès, le moment du décès est uni à celui de l'addition d'hérédité, enfin le moment de la confection du testament est uni à celui du décès et à celui de l'addition d'hérédité, ce qui au fond n'est que l'idée juridique de l'immortalité de l'homme, soutenue et consacrée par l'idée de l'immortalité de la société érigée en principe et proclamée comme la fiction fondamentale du droit.

156. A la Chine, ainsi que le fait observer M. Gans, le droit de succession semble avoir le double caractère de la fixité de la *forme* et du sacrifice de la personnalité. La fixité s'y montre plus substantielle et plus dure que dans l'Inde, et d'un autre côté la personnalité paraît dans beaucoup de cas avoir rencontré son *expression*, sans avoir assez de force pour produire des résultats réels.

A Sparte l'état absorbait la famille : il la dominait tellement qu'elle se trouvait étouffée sous la rigueur des institutions politiques. A la Chine, c'est précisément l'inverse qui arrive; il semble que ce soit la famille dont l'extrême rigueur et la puissance absolue comprennent et absorbent tout l'état. Le pouvoir public et tous les droits semblent être renfermés dans la puissance domestique.

Dans l'Inde, c'est la religion qui domine le droit de famille dans son ensemble. A la Chine il y a plus d'extériorité : le côté moral est complètement abstrait; la propriété et l'intérêt personnel embrassent tout dans un dur formalisme.

D'une part donc la famille doit conserver un caractère d'indivision; c'est son trait oriental. Dans les idées chinoises, un des faits les plus méritoires est la continuation de communauté entre les branches d'une même famille sous un aïeul commun. On cite sous ce rapport le fameux Tchang, qui a réuni autour de lui dans sa maison ses descendans jusqu'à la neuvième génération. De l'autre, l'idée de propriété absolue, en se développant, a dû rencontrer l'expression du libre arbitre qui convient proprement à l'individualisme. Le droit chinois devait donc avoir l'adoption et le testament; l'usage de l'adop-

tion y est plus fréquent que dans l'Inde, et le testament y revêt des formes très absolues.

Cependant le testament chinois n'est qu'une forme sans valeur, ou plutôt il n'a d'autre effet que d'élever la succession légitime à la qualité d'une institution testamentaire ; mais au fond il n'attaque et ne détruit en rien le réel du droit d'hérédité légitime. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les premiers mots du titre de l'hérédité : « Celui qui désigne son héritier et successeur, même parmi ses enfans, d'une manière contraire à la loi, doit être puni de quatre-vingts coups de bambou ; » il est dit de plus : « Si, à défaut d'enfans, le parent appelé à l'hérédité par l'acte de dernière volonté n'est pas le plus proche, cela doit être considéré comme une transgression de la loi successorale, et être réprimé comme au cas précédent. En outre, l'héritier institué d'une manière contraire à la loi, s'il vient prendre possession de l'hérédité en vertu du testament, doit être renvoyé sans autre formalité, et les héritiers légitimes, c'est-à-dire *ab intestat*, viennent à sa place. »

137. Dans l'Orient, le testament ne fut donc au fond qu'un partage entre enfans. Il ne renverse point l'ordre légitime de succéder, mais il s'y unit et le confirme.

Il n'eut même pas ce caractère dans le droit judaïco-talmudique. L'hérédité talmudique, si rigoureusement conservatrice, devait naturellement repousser la faculté testamentaire, et ce ne fut que par son contact avec les Grecs de l'Asie-Mineure, et plus tard avec les Romains, que le judaïsme refléta à son extérieur une institution qui était si répandue chez ces deux peuples. Mais le principe du libre arbitre, implanté sur ce fond hétérogène,

ne put produire qu'une institution anormale, bâtarde en quelque sorte et impuissante.

La doctrine des dispositions arbitraires du droit d'hérédité repose particulièrement sur deux distinctions dans le droit d'hérédité talmudique; l'une entre l'état de maladie où de santé du testateur, l'autre entre la donation et le testament. Aucune personne en santé ne pouvait priver son héritier de quoi que ce fût par testament; elle ne pouvait ni instituer un étranger, ni augmenter ou diminuer les parts héréditaires, qu'il y eût ou non des enfans. Mais la position des malades avait paru aux talmudistes plus digne d'indulgence : la faculté qui leur était accordée se bornait à pouvoir préférer aux autres l'un des différens individus appelés dans le même ordre; ce qui n'était pas en opposition avec la lettre de la loi de Moïse, qui appelait par exemple le fils et à défaut du fils le frère. Le malade pouvait donner à l'un une plus forte part qu'aux autres, ou même toute l'hérédité. Cette sorte de testament était révoquée de plein droit par la guérison.

Ce n'est point ici un testament proprement dit; ce n'est pas même, comme les testamens indien et chinois, un véritable partage de l'hérédité, puisque les préférences ne peuvent avoir lieu qu'en dedans de chaque ordre. Le testateur est toujours circonscrit par les ordres de vocation, dans l'intérieur desquels seulement il peut user de la faculté de disposer, la loi lui interdisant d'outrepasser ces limites; et cependant il pouvait arriver qu'un fils se trouvât exclu par suite de cette préférence. Une pareille restriction de la faculté testamentaire d'une part à l'intérieur des ordres de succéder, de l'autre à l'état de maladie, a quelque chose de faux et d'inconsis-

tout. Ce n'est pas un principe qui s'avoue et s'exprime franchement, mais une institution qui essaie de s'implanter sur un terrain qui la repousse. La disposition à cause de mort des talmudistes n'est donc point le testament, et ce n'est pas non plus un partage de famille, qui est essentiellement de la totalité du patrimoine et dont l'égalité doit toujours être la base ; c'est comme une institution bâtarde qui viole l'esprit de la loi successorale, tout en paraissant en respecter la lettre. Elle souffre l'exclusion du fils de famille, et cependant elle ne reconnaît pas la puissance du libre arbitre dans sa plénitude.

158. Dans toute société fixée, le partage d'hérédité naturel et vrai est la succession légitime, sous la réserve d'une portion laissée à la disposition du père de famille pour réparer entre ses enfans les inégalités de la nature ou les injustices du sort. Tout ce qui excède cette limite est désordonné ou faux : c'est quelque chose de destructif de la famille, qui ne vit que par la conservation de son patrimoine. Nous avons vu qu'il n'est point dans le droit de l'individu de porter atteinte à l'existence de la famille, pas plus que d'en créer une par son seul caprice ; c'est l'ouvrage de la société ou du temps. Cependant admettre la faculté testamentaire, n'est-ce pas reconnaître à l'individu ce pouvoir? L'exhérédation arbitraire et la vocation de l'étranger détruisent la famille ou elles dispersent le patrimoine. L'institution d'héritier et l'adoption créent une famille factice. Une pareille puissance domestique serait destructive de toute société, si, chez les peuples où elle fut admise, comme à Rome, elle n'avait pas toujours été circonscrite par des limitations qui en rendirent l'abus moins intolérable ; mais le principe n'en subsistait pas moins La législation reposait sur une fausse base, et la

loi de succession de la plupart des peuples barbares est plus près de la nature et de la vérité sous ce rapport que le système successoral tant vanté du droit romain.

Une chose étonne, c'est qu'avec une législation domestique aussi vicieuse Rome ait pu atteindre une aussi grande force de conservation. Les mœurs étaient fortes à Rome, et elles conservaient les familles en dépit de la législation : puis Rome n'abusa des testamens qu'à l'époque de sa décadence. Enfin il n'est pas exact de dire qu'elle eut une grande force de conservation, mais plutôt une grande force d'envahissement. Rome se montra toujours envahissante, et c'est pour cette raison peut-être qu'un élément de mobilité aussi puissant que le testament régnait dans sa législation domestique.

139. Le talmud admet la liberté absolue de disposer par donation entre vifs. C'est encore ici une disposition qui n'est pas en harmonie avec l'ensemble de son système héréditaire éminemment conservateur. Il convient donc de distinguer avec M. Gans ce qui appartient en propre au droit talmudique, et ce qui, d'origine étrangère, est venu s'y adjoindre et s'enter sur cette législation, contrairement à son esprit. Nos études et le tribut de notre admiration doivent être réservés pour ce qu'elle contient de national et de vraiment systématique.

140. La Grèce, qui fut le monde de la libre personnalité, ne pouvait manquer de cette expression de la pleine faculté qu'a l'homme de disposer de son patrimoine : le testament. Le testament grec ne fut point, comme le romain, une dure opposition de l'individualisme et du droit substantiel de la famille, conciliés par une simple réunion *quantitative*, mais une belle médiation dans laquelle la personnalité est satisfaite, et la nécessité du rapport de

famille conserve ses droits. « Ce fut, dit M. Gans, non un mode de transmettre à un étranger, en haine de la famille, le patrimoine destiné à celle-ci ; mais, au contraire, c'est un don qui est fait à la famille, le don d'un fils. Le testament attique n'est pas la destruction et le mépris des droits de la famille, mais une affiliation qui l'enrichit, une adoption. L'héritier testamentaire n'est pas ennemi du défunt comme un étranger, mais il est le plus proche ; les autres sont les plus éloignés. Tout héritier est fils du défunt, l'héritier *intestat* par les liens du sang, le testamentaire au moyen de l'adoption. Tel est le principe sur lequel repose le droit héréditaire attique. »

L'adoption se faisait à Athènes ou par l'introduction de l'adopté dans les phratries, son admission aux sacrifices et au nombre des membres de la famille, et son inscription dans les *koina grammateia*, ou par la simple circonstance que quelqu'un en instituait un autre dans son testament.

131. Le testament attique avait pour fondement l'adoption d'un fils. On pouvait donc, dans ce droit, concevoir une adoption qui ne fût pas testamentaire, mais aucune disposition testamentaire qui ne fût pas nécessairement une adoption.

Cette identité du testament et de l'adoption se montre si clairement, qu'une disposition même partielle du patrimoine se nomme également adoption. De ce que le testament attique était nécessairement une adoption, on déduisait cette règle : celui qui a des enfans légitimes n'a pas le droit de disposer de son patrimoine par testament. Il eut été en effet inutile, et même contre la nature des choses, que le père songeât à instituer héritiers les enfans mêmes qu'il a reçus de la nature. C'est par une con-

séquence de ce principe que la loi de Solon, lorsqu'il y a des enfans, permet seulement une substitution pour le cas où ceux-ci décèdent avant d'être parvenus à l'âge viril.

142. La loi qui défend de faire un testament, s'il y a des enfans légitimes, ne parle que des enfans mâles. Il était donc permis de tester s'il n'y avait que des filles, pourvu qu'elles fussent comprises dans le testament. Le fils adoptif ou l'héritier était alors fondé à prétendre aux filles héréditaires : en refusant de les épouser, il eût refusé en même temps l'hérédité.

La forme du testament attique était un véritable contrat entre vifs : c'était le concours simultané de deux volontés. De même que l'adoption entre vifs suppose l'introduction dans la phratrie, l'adoption par testament veut que les phrateurs soient employés comme témoins. La forme consiste dans la remise en présence de témoins, après l'avoir fait sceller, du testament écrit par le testateur ou par une autre personne. Sur ce testament scellé étaient nommés le testateur et la personne à l'avantage de laquelle il était fait; après le scel et la suscription venait la remise et le dépôt du testament chez un des témoins dont le nom y était désigné avec le nom du testateur. Le nombre de témoins qui devaient être présens n'est précisé nulle part.

143. Nous avons établi précédemment en pure théorie que le testament est de sa nature la création d'une famille nouvelle par la seule efficacité de la volonté de l'individu, sans la coopération de la nature : tel se montre en effet le testament partout où il prend un caractère de généralité. A Rome notamment, la rigueur de l'institution testamentaire et les conséquences juridiques

si dures, souvent si bizarres en apparence, qui en dérivent, ne peuvent s'expliquer que par cette définition. De là encore la nécessité de l'intervention de la puissance publique dans les formes de tester, et enfin cette idée d'excès, d'exorbitance, pour ainsi dire, qui s'attache partout à la transmission du patrimoine de la famille en vertu du libre arbitre individuel, au mépris des rapports de parenté.

Ainsi donc théoriquement l'institution testamentaire n'est que la création d'une famille par la seule volonté de l'individu. Elle ne doit avoir lieu, dans la vérité, que par suite d'un défaut de fécondité de la nature ou par la destruction des rapports qu'elle fait naître. Enfin l'adoption et l'institution testamentaire ont les plus nombreux points de contact, et l'on peut dire qu'aux formes près ces deux choses n'en font qu'une. Il est intéressant de voir cette théorie littéralement justifiée par l'histoire, et d'observer les momens fondamentaux de l'institution se produisant, sous leur forme propre et originelle, dans le monde grec, ce passage si remarquable de la substantialité asiatique à la civilisation européenne par la reconnaissance et la manifestation successive de tous les droits de la personnalité.

144. Le testament attique développe d'une manière spéciale deux caractères de l'institution testamentaire, le moment contractuel et la préférence due aux héritiers du sang.

1° Le moment contractuel : quoique le contrat soit la forme du testament attique, ce moment, comme l'a observé M. Bunze, appartient encore plus au fond qu'à la forme. Il est de l'essence du testament d'être un contrat exprès ou tacite. Il ne suffit pas en effet qu'une hérédité

soit déférée par la volonté de l'homme ou celle de la loi, il est nécessaire en outre qu'elle soit acceptée. C'est cette acceptation qui consomme le contrat. Il faut néanmoins excepter le testament romain, qui, dans son extrême rigueur, contraignait à l'acceptation une certaine sorte d'héritiers, les héritiers nécessaires. Mais cette rigueur ne dura pas long-temps; elle contrariait trop ouvertement la justice naturelle et l'équité. Nonobstant l'exception des héritiers nécessaires, l'idée de contrat gît au fond de toute institution testamentaire : il ne suffit pas qu'un citoyen fasse élection d'une personne déterminée pour lui conférer la place, le rang qu'il occupe dans la société et tous les droits qui s'y rattachent : il faut que cette personne choisie acquiesce au choix qu'on a fait d'elle; qu'elle l'accepte; qu'elle consente en un mot à supporter les charges inséparables des avantages que l'hérédité lui confère.

Le contrat est donc un élément essentiel, un moment nécessaire du testament.

Le testament attique a ceci de particulier qu'il exige la réunion des deux élémens du contrat, la délation et l'acceptation de l'hérédité, au moment de sa confection. A mesure que le testament a acquis son complément et sa forme définitive, le moment contractuel s'est divisé, et l'une de ses parties, quoique également nécessaire, l'acceptation, ne se manifesta plus qu'après le décès; cette transformation était nécessaire, c'était le seul moyen que l'individualité parvînt à son expression absolue. La volonté du disposant suffit pleinement dès lors à soutenir l'institution testamentaire; elle est aussi parfaitement libre et peut, sans le consentement de l'héritier, s'anéantir ou se modifier.

145. Les testamens du peuple romain et des sociétés postérieures n'exigèrent l'existence du contrat qu'après le décès. Ce n'est qu'à cette époque que doit s'opérer le concours des deux volontés que les jurisconsultes nomment un quasi-contrat. De là la conséquence que, pour tout l'intervalle qui s'écoule entre la confection du testament et l'acceptation de l'hérédité, l'élément contractuel du testament attique manque tout-à-fait, ou plutôt il a une existence qui n'est que conditionnelle, puisque de l'acceptation de l'hérédité peut dépendre la validité du testament. Les effets de l'élément contractuel ne doivent donc pas être appliqués dans cet intervalle. L'individualité a pris des formes trop absolues pour souffrir qu'il se montre explicitement, et, quelle que soit sa puissance éventuelle, il demeure comme assoupi en attendant l'époque de sa manifestation. De là résulte cette différence importante entre le testament attique et les testamens des sociétés postérieures, que le premier exigeait pour être révoqué le consentement des héritiers institués, tandis que chez les autres peuples, émané de la volonté libre et toute puissante du testateur, cette même puissance peut arbitrairement le modifier et le faire rentrer dans le néant. Nous voyons donc pourquoi le testament attique qui produisit, plus expressément que le romain, le moment contractuel, accorda à cet élément une force et des effets qui ne se rencontrent pas dans ceux-ci, et pourquoi les effets du moment contractuel, même communs à toutes les législations, sont demeurés moins absolus, moins explicites dans les autres sociétés qu'ils ne le furent chez les Grecs. L'élément contractuel y subsiste toujours, mais d'une manière conditionnelle.

146. 2° La préférence due aux héritiers du sang.

Cet élément de l'hérédité que l'on trouve plus ou moins sacrifié au libre arbitre, au fond de toutes les institutions testamentaires, est en opposition directe avec leur principe. Il est produit, à proprement parler, par la rencontre des deux principes contraires de la succession légitime et du testament; d'une part, la conservation de la famille, de l'autre, l'absolutisme individuel. Ce moment n'est jamais complètement étouffé, et à Rome même, où les droits de la nature étaient comme enchaînés sous un droit formaliste et inflexible, la préférence due aux héritiers du sang, détruite dans le principe par la maxime *dicat testator et erit lex*, fut bientôt restituée par l'équité des préteurs.

Le droit athénien nous présente tout à la fois le complet développement de ce moment essentiel à l'institution testamentaire, et sa raison. C'est que le testament est une adoption, et que l'adoption n'est faite que pour suppléer la nature. Il n'est permis d'adopter qu'à ceux qui n'ont pas d'enfans. Le testament n'est donc aussi dans la vérité que le supplément de la nature. Il est destiné ou à expliquer les droits du sang, auquel cas il est purement confirmatif de la loi héréditaire comme en Asie, ou à suppléer ces droits par la création de liens fictifs, au défaut de ceux que la nature devait produire, comme à Rome et chez les peuples démoralisés ou inféconds.

147. Le testament grec fut une véritable adoption. Ce moment du développement de l'institution testamentaire est celui où la substantialité de la famille naturelle n'est point directement attaquée par le testament, mais où cette institution n'est admise que pour suppléer au défaut de la famille naturelle.

Le testament attique était si peu exclusif de l'hérédité légitime, son objet était si bien le remplacement ou le supplément de la famille naturelle, qu'au cas où ce remplacement n'avait pas son effet, ou bien si la famille factice ainsi créée venait à faire défaut, l'hérédité revenait, en vertu de la succession légitime, aux héritiers *ab intestat*. L'héritier institué par l'adoption testamentaire ne pouvait conserver les biens qui lui parvenaient par cette voie qu'autant qu'il en remplissait le but en procréant des enfans : dans le cas contraire, l'hérédité faisait retour aux héritiers du sang, même les plus éloignés.

Nouvelle preuve que le testament n'a point encore atteint son caractère propre et sa dernière forme, qui est d'exprimer la toute-puissance de la volonté individuelle. Ici la puissance du libre arbitre est incomplète, puisqu'il n'a pas la force d'arracher irrévocablement à la famille naturelle les biens dont il veut la priver, et de les transférer d'une manière incontestable et absolue en celle de l'institué. Cette limitation, qui tient à la nature originaire du testament comme institution essentiellement subsidiaire, a complètement disparu dans sa forme postérieure. Elle s'est effacée devant ce principe véritablement exorbitant, et tout Romain, qui donne au testateur le droit de disposer d'une manière absolue de sa propriété pour un temps et à une époque où il n'existera plus. Un pareil absolutisme de la propriété est certainement contraire à la nature; il est contraire surtout à la nature primitive du testament. Le testament, partout où il a été admis dans sa forme spécifique, confère une propriété incommutable : cette propriété demeure, au défaut même de descendance directe, dans la famille de l'institué, en sorte que la création d'une famille nouvelle

qui, à l'origine, fut le fondement et la raison de l'institution testamentaire, se réduit en définitive à une pure fiction. C'est ce qui arrive toutes les fois que la volonté présumée du testateur, à cet égard, n'est pas soutenue par la coopération de la nature. On voit par là comment aux époques de corruption et d'infécondité la multiplicité des adoptions et des testamens, bien loin d'être un remède à la dépopulation et d'avoir un effet réparateur, l'accélère puissamment au contraire en favorisant la dispersion des patrimoines.

Le testament, aussi bien sous le point de vue historique qu'en pure théorie, contient donc et développe trois momens ou élémens fondamentaux : en premier lieu, c'est la création d'une famille nouvelle; en second lieu, c'est un contrat; en troisième lieu, il est naturellement subsidiaire.

148. Il nous reste à examiner ce qu'est devenu le testament chez les peuples germaniques. Le catholicisme lui fait perdre en partie le caractère rigoureusement formaliste qu'il eut à Rome ; il devient davantage le simple exercice de la faculté naturelle de disposer que fait respecter la solennité des derniers momens, et que la piété, après l'avoir environnée de précautions conservatrices, exécute avec une sorte de vénération religieuse.

Le caractère essentiel de la famille germanique est la fécondité. Le testament qu'elle a adopté s'est accommodé à ce caractère. Il semble qu'au lieu d'être la translation du patrimoine de la famille naturelle à une famille étrangère, il soit devenu chez ces peuples la restriction de ce patrimoine à l'un des individus qui composent la famille naturelle, pour mieux assurer sa perpétuité, et que même il abdique souvent,

pour atteindre ce but de conservation, son caractère unilatéral. Ainsi que dans le grécisme qui pouvait être considéré comme la fleur de la civilisation, dans le germanisme, qui en est la fécondation et le fruit, l'élément contractuel du testament se développe et se produit avec beaucoup de force. Entre les princes et dans la noblesse se formèrent fréquemment ces confraternités héréditaires (*erferbruderungen*) en vertu desquelles deux familles ou un plus grand nombre devaient se succéder les unes aux autres, en cas d'extinction de la parenté dans une d'elles. Les pactes de familles (*ganerbchaften*) formèrent un lien encore plus étroit. Plusieurs familles convenaient de posséder leurs biens en commun, et d'entrer réciproquement dans l'hérédité de ceux de leurs membres qui viendraient à décéder. Ces dernières espèces de pactes existèrent surtout dans la Vetteravie, le Palatinat, l'Alsace, la France, Hesse et Thuringe. Puis viennent les substitutions et les institutions contractuelles proprement dites. Les premières n'avaient point pour objet, comme dans les exemples que nous ont transmis les textes romains, de satisfaire le caprice du testateur, mais de conserver le patrimoine substitué. Elles n'étaient le plus souvent que la prohibition d'aliéner et de faire sortir hors de la famille la portion de biens réservée sous cette condition. L'institution contractuelle, faite en faveur du mariage, tient tout à la fois du contrat et du testament : du contrat, en ce qu'elle fait sortir immédiatement de la main du disposant, d'une manière irrévocable, à la différence du testament proprement dit, une portion essentielle du droit de propriété, celui de disposer à titre gratuit ; du testament, en ce que d'une part elle laisse jusqu'au moment du décès tous les autres

droits, dont l'ensemble formé le droit de propriété, dans la main du disposant ; et que de l'autre, comme dans le testament, ce n'est qu'à cette même époque du décès que l'institué peut commencer de jouir de l'avantage qui lui a été fait. L'institution contractuelle a quelque chose d'irrévocable et quelque chose d'ambulatoire : irrévocable, par la préférence à tout autre donataire à titre gratuit de l'héritier institué ; ambulatoire, par la faculté d'aliéner à titre onéreux, et de dissiper en spéculations de toutes sortes le fonds qui y est affecté. Comme dans la donation à cause de mort, avec laquelle l'institution contractuelle a une grande similitude, le disposant préfère l'héritier institué à tout autre ; mais il se préfère lui-même à l'institué ; comme dans le testament, il demeure nanti de l'objet de la disposition, et libre, jusqu'au dernier instant de sa vie, de modifier ou même d'anéantir cette expression de sa volonté. Seulement il ne peut le faire que par une aliénation onéreuse. En un mot, des nombreuses fractions dont la réunion constitue le droit de propriété, le disposant n'en a aliéné qu'une seule, la faculté de disposer à titre gratuit, ou plutôt il ne l'a point aliénée, mais consommée, et par conséquent anéantie. Cette faculté n'est plus *in bonis*; tout le reste demeure comme auparavant, et le droit de propriété conserve dans le patrimoine du disposant la plénitude de tous ses autres attributs.

149. On a répété après Tacite que les peuples germaniques ne connurent point le testament : *Sui cuique liberi, nullum testamentum*. Tant qu'ils furent dans l'état de migration ils durent nécessairement en faire peu d'usage. La tente, le charriot, les armes et le cheval de guerre étaient probablement transmis par une simple donation

à cause de mort, au cas où les droits du sang n'étaient pas respectés; puis, lorsque plus tard ils le connurent, tout porte à croire qu'il fut ou la confirmation de l'ordre naturel ou son supplément. Quoi qu'il en soit, on en trouve des traces dans une très haute antiquité, mais toujours avec un caractère exceptionnel. Les Lombards, les Goths et les Bourguignons, qui connurent les institutions des Romains de plus près que les peuples de l'intérieur de l'Allemagne, peuvent avoir reçu d'eux l'usage du testament. « Les anciennes lois franques, dit M. Gans, gardent le silence à cet égard. Savigny cite des testamens francs des sixième et septième siècles, et les formules en existent. Au temps des capitulaires les testamens étaient en usage; la loi des Bavarois fait aussi mention du testament. On en trouve dans l'Egilssaga un exemple dans le nord, où ne régnait pas l'influence romaine. Un barde fait mander le prince Héralde, et lui dit : D'après l'approbation d'Héralde, le malade dispose, etc. Il y avait donc une déclaration de dernière volonté, de même qu'il y avait des affranchissemens en présence du prince. Il n'est pas douteux que les testamens furent aussi connus des Anglo-Saxons : ils les nommaient *cwidas*. Mittermaier en cite des exemples du moyen âge; on en trouve aussi dans les poëmes. » Le testament n'eut donc à aucune époque, chez ces peuples, ni l'importance qu'il avait acquise à Rome, ni le sens de création d'une nouvelle famille factice, que nous avons vu être le fond de l'institution testamentaire proprement dite.

150. Quand on considère la transmission héréditaire en général, on peut dire que dans la famille l'individualité s'exprime par le testament, la substantialité par l'hérédité du sang. L'ordre légitime de succéder repose

toujours, d'une manière plus ou moins explicite, sur un principe de conservation : donner un autre fondement à la succession légitime, l'objet, par exemple, de suppléer la volonté du défunt, c'est l'anéantir comme telle, puisque dans un pareil système toute transmission héréditaire se réduirait à un véritable testament réel ou présumé.

Il faut néanmoins distinguer les divers états de la société. L'élément successoral est différent dans une société fixée de ce qu'il est dans une société mobile et instable. Dans un ordre social fixé et constitué fortement, le principe qui prédomine essentiellement celui de la conservation de la famille et de son patrimoine, c'est la substantialité, l'immobilité, l'indivisibilité, l'inaliénabilité du patrimoine. Dans cette position, le droit, ou rejette complètement le testament ou ne l'admet que comme supplément de la succession légitime; dans une société instable, au contraire, le principe de la succession légitime est je ne sais quel naturalisme qui prétend être l'expression présumée de la volonté du disposant. Dans cette dernière hypothèse même, où l'individualité prédomine, le principe de la succession légitime demeure toujours implicitement la conservation de la famille. Nos législateurs français qui, dans leurs rapports et leurs discours, parlent sans cesse de la volonté présumée du défunt, se mettant en contradiction avec leurs propres paroles, consacrent néanmoins, quoique d'une manière bien incomplète, le principe de la conservation de la famille. Il n'en faudrait pas d'autre preuve que la préférence des parens légitimes, même les plus éloignés, à l'époux du défunt. Si tout principe de conservation était exclus, l'élection dominerait seule dans la famille comme dans

l'état : il n'y aurait, pour régler la transmission héréditaire, que des testamens réels ou présumés, aucune succession naturelle proprement dite. Mais parce qu'il n'arrive jamais que la société cède à un mouvement tellement rapide, que l'individualité ne subisse l'influence d'aucun principe conservateur, la transmission héréditaire selon la proximité du sang se maintient dans la famille et dans l'état ; et cette loi de conservation résiste comme un fait nécessaire à toutes les théories des hommes d'état et des législateurs.

151. La faculté de disposer à titre gratuit en général a éminemment sa source dans l'ordre intellectuel : elle ne suppose pas la mort, elle ne suppose pas même nécessairement la propriété telle que nous la connaissons, elle ne suppose pas la déchéance du genre humain. Ce sont les entraves qui lui sont imposées, au contraire, qui peuvent être regardées comme une suite de notre dégradation. Rien ne s'oppose à ce que dans un développement social hypothétique elle puisse en être affranchie.

La faculté testamentaire a deux aspects très différens : comme droit, elle est une extension exorbitante de l'idée de propriété ; rien de plus naturel que la faculté de disposer entre vifs, de disposer même au lit de mort actuellement et d'une manière révocable ou irrévocable ; mais quand le décès intervient entre la volonté qui ordonne et l'effet que cette volonté doit opérer, la transmission qu'elle prescrit, on sent que la loi de la nature est brisée, et ce n'est que par une fiction sociale (c'est-à-dire par une fiction à l'aide de laquelle l'humanité déchue s'efforce de reconquérir l'immortalité qui lui échappe) qu'un mourant, par un simple acte de sa volonté, peut transmettre sa propriété à un temps où il n'existera

plus. Cette notion mérite qu'on s'y arrête : elle est tout à fait caractéristique du testament. Je transmets ma propriété actuellement et à titre gratuit ; c'est un acte de bienfaisance qui appartient aux rapports sociaux d'humanité générale et de bienveillance réciproque : je la transmets dans la pensée de la mort, et sous la condition que je la conserverai si la mort ne survient pas ; la transmission est encore directe. Cet acte appartient encore à l'ordre intellectuel, mais à un ordre intellectuel où se mêle nécessairement l'idée de la mort, et souillé d'ailleurs par un retour d'intérêt personnel à l'occasion de cette prévision. Je transmets ma propriété pour le temps où je n'existerai plus ; ici je franchis les bornes de la nature ; je reconnais à ma volonté une puissance qui ne lui appartient pas. Cette disposition, érigée en droit, n'est qu'une fiction par laquelle l'humanité ressaisit comme société une sorte d'immortalité juridique qu'elle ne possède pas comme individu. C'est une suite du droit de propriété, mais une suite exorbitante, contre nature, et qui peut être, comme droit, limitée et même anéantie. Un grand nombre de peuples en ont fourni l'exemple.

152. Faculté digne de respect et que la piété s'empresse de mettre à exécution, la disposition testamentaire n'est plus un droit, mais une simple prière, un acte de confiance, une recommandation, *un mandat*. Sous ce point de vue la faculté testamentaire cesse d'être contre nature, exorbitante, et une conséquence exagérée de l'idée absolue de propriété. Elle rentre complètement dans l'ordre intellectuel ; aussi y prend-elle un caractère tout différent. Elle s'applique souvent à des établissemens pieux ou d'intérêt public, à la réparation des inégalités de

la nature, à la rémunération de services reçus. Elle laisse apercevoir qu'elle a besoin d'être justifiée par l'équité de son but. En même temps elle acquiert une institution accessoire étrangère à la constitution du testament romain, l'institution des exécuteurs testamentaires : c'est là un caractère distinctif du testament rentré dans l'ordre intellectuel. Lors même que par le [illegible] l'exécuteur n'a pas été nommé, il pouvait l'être, cette simple faculté est un trait fondamental. Il est soumis aussi à un mode différent d'interprétation. La piété, une explication fondée plutôt sur l'esprit et la pensée du testateur, et sur l'objet de sa disposition, que sur la rigueur des termes, y président. L'exécuteur testamentaire qui appartient au testament catholique en particulier, et qui dans le droit espagnol y est essentiellement inhérent, est à proprement parler le mandataire que le testateur charge de mettre ses dernières volontés à exécution. Il semble être la continuation de la volonté du défunt. Rien ici n'est contraire à la nature. Le mandat est directement transmis, au moment de la confection du testament, sous la condition suspensive du décès. Cette condition venant à s'accomplir, le mandat reçoit son exécution, et dès lors la liaison entre la volonté du défunt et son accomplissement n'est nullement interrompue : elle n'est plus brisée par l'événement du décès, qui n'est à son égard qu'une condition suspensive.

La prohibition de disposer et la transmission héréditaire selon la proximité du sang appartiennent entièrement à la loi de conservation : elles sont une suite directe de la mort et de la dégradation de la nature humaine. Le principe absolu de conservation dans l'hérédité tend, comme les législations de l'Asie, à l'immobilité,

à la fixité sociale : il semble indiquer un organisme dé-truit, ou, si l'on considère le passage aux états de société ultérieurs, c'est une sorte d'engourdissement et un défaut de développement juridique. Appliqué dans son extrême rigueur, il supposerait une société abaissée presqu'au rang de la nature physique. L'ordre intellectuel le repousse : personne ne peut dire jusqu'à quel point il peut être reculé ou restreint.

NOTE

DU CHAPITRE PREMIER.

(1) « Les anciennes lois d'Athènes, dit Montesquieu, après avoir exposé la contrariété formelle des principes de l'institution testamentaire et de la succession légitime qui reposait à Rome sur la conservation du partage des terres, les lois d'Athènes ne permirent point au citoyen de faire un testament. Solon le permit, excepté à ceux qui avaient des enfans; et les législateurs de Rome, pénétrés de l'idée de la puissance paternelle, permirent de tester au préjudice même des enfans. Il faut avouer que les anciennes lois d'Athènes furent plus conséquentes que les lois de Rome. La permission indéfinie de tester, accordée chez les Romains, ruina peu à peu la disposition politique sur le partage des terres; elle introduisit, plus que toute autre chose, la funeste différence entre les richesses et la pauvreté; plusieurs partages furent assemblés sur une même tête; des citoyens eurent trop, une infinité d'autres n'eurent rien. Aussi le peuple, continuellement privé de son partage, demanda-t-il sans cesse une nouvelle distribution des terres; il la demanda dans le temps où la frugalité, la parcimonie et la pauvreté faisaient le caractère distinctif des Romains, comm e dan le temps où leur luxe fut porté à l'excès. » *Esprit des lois*

CHAPITRE SECOND.

Des Successions.

PREMIÈRE SECTION.

Considérations générales sur la nature de la Transmission héréditaire.

SOMMAIRE.

155. *Deux caractères différens que présente la science du droit, selon qu'elle règle directement les intérêts matériels ou les rapports moraux.*

156. *En matière successorale, la famille peut être assimilée à une société ordinaire, à la dissolution de laquelle il s'agit de régler le compte entre co-partageans.*

157. *Raison de la faculté accordée au père de famille de faire des avantages et de dispenser du rapport.*

158. *Nécessité de renvoyer à l'époque du décès de celui-ci l'assignation des parts de chacun des associés dans la masse commune.*

159. *La société familiale diffère néanmoins des so-*

riétés ordinaires, en ce que c'est le père qui la forme et qui stipule les intérêts des co-associés.

160. *Caractères distinctifs de ce contrat social,*

161. *De la famille considérée dans l'état.*

162. *C'est la conservation de l'ordre établi par le partage primitif des terres entre les familles qui légitime la lésion de l'égalité absolue dans le partage successoral.*

163. *L'existence de la famillecomme société, son existencecomme individu politique introduisent dans ce partage deux tendances contraires.*

164. *Rapport qui doit exister entre l'état économique d'un peuple et l'accroissement de sa population.*

165. *C'est principalement par la loi successorale que l'état remplit sa mission à cet égard.*

166. *Intervention de l'autorité publique dans les actes qui constituent la société familiale.*

167. *Dans l'histoire, au partage des terres on voit succéder les lois successorales conservatrices du patrimoine des familles.*

168. *L'existence de la loi successorale suppose déjà une autorité publique; différence à cet égard entre les peuples nomades et les peuples sédentaires, à l'origine.*

169. *Le principe conservateur se montre en général d'autant plus puissant dans la loi successorale, que le pouvoir ou la propriété qu'il s'agit de transmettre ont plus d'importance.*

170. *D'un autre côté, l'accroissement des ressources publiques et la rapide circulation des propriétés tendent*

à rendre les lois de conservation moins nécessaires, et, par suite, moins rigoureuses.

171. *Le développement historique de la loi successorale peut se ramener à trois périodes principales.*

155. La famille, sous le rapport moral, se compose d'un enchaînement d'obligations et de devoirs personnels qui appartiennent à l'ordre intellectuel et vivent dans l'élément religieux. Leur raison échappe à la sphère du droit. La famille, dans un autre sens, comprend toutes les nécessités de la vie physique et l'ensemble des conditions sans lesquelles on ne peut y satisfaire. Sous ce rapport encore, et en tant qu'elles sont les résultats des lois de l'organisation humaine, ces nécessités et leurs règles sont en dehors de la sphère du droit. Ce qui y rentre et ce que le droit exprime proprement, c'est cette partie de l'intellectuel qui s'applique aux nécessités dérivant de l'ordre physique, et qui régit les rapports inhérens à la vie animale, c'est-à-dire qu'ici comme partout le droit unit l'ordre intellectuel à l'empire du fait.

Ceci explique deux caractères ou phénomènes que cette science présente en ce qui concerne la législation de la famille : en premier lieu son indécision, son indétermination dans la partie qui exprime essentiellement le côté moral. La communauté, par exemple, est évidemment le produit d'un principe puissant, énergique, profondément moral : le sentiment de l'amour dans la famille chrétienne, qui se joue des règles du droit et fait naître à chaque pas les anomalies les plus bizarres. Elle échappe presqu'à toute construction juridique. Ici les mœurs dominent la loi. Celle-

ci semble décrire imparfaitement et de loin, plutôt qu'elle ne prescrit. C'est l'amour et le sentiment religieux qui sont le fond vivant de l'institution. En second lieu, sa précision et son inflexibilité, sa dureté même en tout ce qui concerne les rapports matériels : ici le droit s'abstrait de l'élément moral pour appliquer aux relations patrimoniales les règles de la simple équité, ou les notions du bon sens les plus contraires souvent, aux prescriptions générales et élevées do l'ordre intellectuel. C'est ainsi qu'en matière de succession tout revient et se réduit à un petit nombre de principes rigoureusement inflexibles jusque dans leurs conséquences les plus éloignées, au préjudice même des rapports personnels les plus saints. Plus on étudie la législation successorale, plus on la voit se simplifier et se réduire en quelque sorte pour se résumer dans un petit nombre d'élémens fondamentaux, ou de forces diverses, qui se combinent dans chaque système héréditaire avec une variété infinie. En matière de communauté, plus on approfondit, mieux on découvre partout l'élément moral et religieux; plus le droit, qui n'est que délimitations et règles, laisse voir son impuissance, plus le jurisconsulte est effrayé, découragé, pour ainsi dire, par tout ce que la loi présente de vague, d'indéterminé, d'inconsistant, d'insoluble même dans son ensemble et dans les questions auxquelles on sent qu'elle peut donner lieu.

156. En matière successorale, la famille peut être assimilée à une véritable société industrielle formée pour le plus grand bien-être de tous et de chacun de ses membres. Tant que vit le père de famille, néanmoins, son autorité introduit et maintient un principe étranger aux sociétés ordinaires. Il ne peut y avoir de véritable con-

trat de société là où le pouvoir et la responsabilité résident dans une seule main. Le germe de cette association existe dès le moment du mariage, et le pouvoir paternel ou marital, le même au fond, est la seule raison qui, fondée sur des notions d'un ordre supérieur, suspende la réalisation ou l'application des principes du contrat de société. Dès que, par le décès de la personne à laquelle était confié le pouvoir, cette raison vient à cesser d'exister, on voit survenir et se produire à la fois tous les effets et les règles des sociétés ordinaires : reddition de comptes, rapports, imputations, contributions aux dettes, indemnités, et toutes les mesures conservatrices de l'égalité entre associés. Ce n'est qu'à la dissolution de la communauté que la société entre époux commence d'être actuelle; jusque là elle n'existe qu'en principe et en espérance : *speratur fore.*

157. Le partage d'une société doit se faire en raison du travail des communs ou associés, de leur nombre, de leur conduite, des mises de chacun d'eux et des dépenses d'intérêt commun qui ont été faites. Or, dans une famille composée de plusieurs enfans toutes ces choses diffèrent ou peuvent différer par rapport à chacun d'eux. Une égalité absolue dans le partage du produit social serait souvent une véritable inégalité et une injustice. De là la nécessité de la faculté accordée au père de famille, de faire des avantages et de dispenser du rapport. On présume alors que l'inégalité de parts qui en résulte établit une égalité proportionnelle qui seule remplit le vœu de la justice.

158. Si l'on connaissait, à l'époque de l'acquisition d'un gain social, tous les communs ou associés et leurs mises respectives, la portion de chacun d'eux lui serait

acquise, en indivis du moins, à l'époque où cette acquisition est faite. Mais dans la famille on ne connaît pas ces associés : les uns décèdent, et leurs parts doivent accroître à leurs coassociés ; d'autres pourront survenir, et le père de famille, qui stipule dans leur intérêt éventuel, leur réserve une part dans ces acquisitions. De plusieurs frères l'un demeure sur l'héritage paternel, qu'il améliore et agrandit par son travail, son économie et la sagesse de son administration ; d'autres font des voyages sur mer, et rapportent des sommes plus ou moins considérables qu'ils versent dans la masse commune : il est donc nécessaire de renvoyer à l'époque du décès cette assignation de parts ou le règlement des droits des associés, réglement qui sera la réalisation définitive de la loi de famille ou de son contrat social.

159. Il est néanmoins une observation essentielle pour l'intelligence de cette application des règles du contrat de société à l'état de famille. Les stipulations constitutives d'une société sont faites par chacun de ses membres : celles qui servent de base au régime de la famille sont contenues dans le contrat de mariage et dans la loi publique ou privée de la succession. Le père de famille stipule dans l'intérêt de ses enfans; il les représente, il règle aussi leurs positions respectives.

La loi de cette société, qu'on appelle état de famille, a donc son principe et sa base dans le contrat de mariage, son développement et sa perfection dans la distribution légitime ou arbitraire de l'hérédité.

160. Si c'est un contrat, tous les associés sont représentés par un seul pouvoir, soit domestique, soit public, au cas où le pouvoir domestique a gardé le silence. Ce

pouvoir stipule dans l'intérêt de tous, et représente chacun des associés.

Si c'est un contrat, c'est un contrat qui, contenu dans le pacte de famille qu'on appelle contrat de mariage, se complète et se révèle à mesure que la famille se développe sous ses rapports civils, et qu'elle passe à l'état public; un contrat qui n'est vraiment connu dans toutes ses conditions, dont toutes les règles et les principes ne se produisent qu'au décès du père qui l'a formé : en sorte que la loi sociétaire de la famille expire au moment où tous les droits qu'elle produit, formulés et devenus actuels, atteignent leur dernier développement et obtiennent leur complète manifestation.

Telle est la famille dans ses relations intérieures.

161. Dans ses rapports avec l'état, la famille est considérée comme un individu ayant droit à la même somme de bien-être que les autres individus de même espèce, et dont le patrimoine, bien que soumis à certaines lois de conservation qui peuvent rendre nécessaire le sacrifice des droits personnels de chacun des associés, ne peut être violé que pour des raisons d'ordre public.

L'état public et l'état de famille sont comme deux ordres qui reposent l'un sur l'autre. Sous le rapport matériel, la famille est une association formée par la collaboration commune; sous le rapport moral on peut attribuer le pouvoir au père, le ministère à l'épouse, et voir dans les enfans et les serviteurs de véritables sujets. Mais dans l'état les personnes qui composent la famille disparaissent en quelque sorte, et se fondent dans l'unité de la société domestique. Il semble que pour faire apercevoir leur individualité, il faille qu'un emploi ou un

caractère public les détache de cette unité. Les familles, dans l'état, sont considérées comme des individus, et s'il est du devoir du pouvoir domestique de traiter chacun des enfans avec une égalité parfaite, autant que cette égalité de droits et de fortune peut être compatible avec la conservation de la famille, il incombe pareillement au pouvoir public d'établir et de conserver entre les familles une égalité sinon absolue, telle du moins que toutes aient une subsistance assurée, et qu'aucune d'elles ne puisse s'élever à la tyrannie.

162. L'égalité dans le patrimoine des familles se retrouve à l'origine de toutes les grandes nations; car ce qui distingue les peuples forts est un sentiment énergique et profond de justice, qui, lorsqu'elle est violée dans des intérêts essentiels, produit ces réclamations violentes et souvent terribles, du retour à l'ordre primitif, qui se font entendre d'intervalles en intervalles. Le dartage égal des terres chez les Egyptiens, les Lacédémoniens, les Romains, les Francs et la plupart des peuples barbares après la conquête, la proclamation des lois agraires, si funeste dans les troubles civils, justifient cette assertion.

Si, comme l'a observé Montesquieu sur l'ancien ordre de succéder des Romains, les exclusions de sexe, les distinctions et les préférences entre héritiers eurent pour objet, en conservant les biens dans les familles, d'empêcher que le partage égal des terres qui avait eu lieu dans l'origine ne fût altéré d'une manière trop brusque, et d'en maintenir aussi long-temps que possible les heureux résultats, on peut en tirer deux conséquences qui paraissent également paradoxales : en premier lieu, toutes ces distinctions qui établissent de si choquantes inégalités entre les membres d'une même famille ont pour

objet en définitive, ou du moins elles avaient pour objet, lorsqu'elles furent établies, de conserver une certaine égalité de fortune entre les familles; en second lieu, elles ont eu pour effet incontestable, tant qu'elles ont existé, de faire obstacle à la transmission trop rapide des fortunes d'une famille dans une autre, cause fréquente de troubles et de bouleversemens dans l'état.

Telle est donc la grande raison de ce sacrifice individuel des principes rigoureux de la justice. L'égalité est blessée par les droits d'aînesse, de masculinité, d'agnation, etc.; et cependant c'est pour maintenir une certaine égalité entre les familles que sont autorisées et prescrites ces injustices particulières. En un mot, la conservation de l'ordre établi par le partage égal des terres, modifié par la raison d'état, entraîne et nécessite le sacrifice des principes rigoureux de l'égalité entre les membres d'une même famille, et introduit entre eux des distinctions qui paraissent contraires au droit naturel.

163. C'est à cette même nécessité de fixer et de maintenir les effets du partage primitif des terres qu'il faut attribuer l'existence des réserves coutumières si puissamment conservatrices, qu'elles allèrent souvent jusqu'à frapper le patrimoine de la famille d'une inaliénabilité absolue.

« C'était, dit M. Grenier, un reste de cet attachement que les membres d'une famille qui se divisaient conservaient pour des biens qui avaient été communs dans l'origine à certaines tribus, par l'occupation ou par des concessions, et devenus patrimoniaux par l'assignation qu'en fit le partage général à chaque famille.

» Cet ancien attachement pour les biens de la famille, dans un temps surtout où les propriétés industrielles

étant modiques, le commerce n'ayant encore pris presque aucun essor, les ressources venaient principalement des propriétés territoriales, fut porté au point qu'on remarque une époque de notre législation ancienne où les propres étaient inaliénables sans le consentement des héritiers appelés par la loi, ou sans une nécessité reconnue, ou enfin sans la condition qu'ils seraient remplacés par de nouvelles acquisitions.

» Tel est le résultat d'un tableau de notre législation ancienne donné par Vély, tom. VI de l'Histoire de France, et telle fut l'origine du retrait lignager, etc.

» Cette interdiction de vendre les propres, dont les suites ne pouvaient être que funestes à l'ordre social, fut aboli; on recouvra même la liberté de les donner entre vifs : encore cette faculté ne fut pas pleinement admise dans certaines coutumes qui conservèrent des traces des anciens usages. Mais la défense de disposer des propres par testament, ou au moins de la majeure partie des propres, resta dans la grande majorité des coutumes.

» On remarque le même esprit dans presque toutes les législations qui ont fixé l'ordre des successions à des époques rapprochées du premier partage des terres. »

Ainsi, deux principes ou tendances contraires dans toute loi successorale : comme société, la famille veut l'égalité de partage, sinon absolue, du moins proportionnelle aux mises de chacun de ses membres, mises dont l'appréciation est confiée au père. Comme individu politique, comme personne morale dont l'existence dans l'état est soumise à certains rapports avec les individus de même nature qu'elle, elle doit subir la raison d'état, et par-dessus tout se perpétuer sous la forme et dans la position qui lui appartiennent. D'une part égalité de par-

tage, division des biens selon une loi de dualité progressive, droits imprescriptibles de la personnalité ; de l'autre, substantialité, indivision dans certaines limites, exclusions et retours nécessaires à la conservation du patrimoine commun.

164. La population d'une part, de l'autre les moyens de subsistance ou les ressources publiques sont deux élémens de vitalité qui agissent et se meuvent incessamment, selon certaines lois qui leur sont propres. Ces deux élémens doivent garder toujours de justes rapports, sous peine de rompre l'équilibre de l'état : car les révolutions ont le plus souvent leur cause immédiate ou prochaine dans la loi économique méconnue. Or, l'état repose sur la famille. La loi de la famille est la base de la loi de l'état : l'une étant connue doit donc servir à déterminer l'autre.

La loi de famille, en ce qui concerne le système successoral, a sa raison dans le rapport des ressources et de la prospérité publiques à l'accroissement de la population. Leur convenable pondération doit être maintenue par des modifications convenables dans l'ensemble et les bases du système successoral. Que l'un ou l'autre de ces deux termes croisse ou diminue trop rapidement, si le législateur ne neutralise à temps la force ruptrice de l'équilibre, la chose publique est perdue.

165. Sous le rapport moral et religieux l'état n'édifie pas, il protège ; telle est sa fonction la plus éminente ; elle s'accomplit par le ministère du soldat et du bourreau. Sous le rapport matériel, il conserve ; la conservation comprend, outre l'administration proprement dite,

la répartition des biens dans de justes rapports avec l'état de la population et des ressources publiques. Cet objet est principalement atteint par la loi successorale.

166. Chez tous les peuples l'autorité publique intervient dans les actes qui règlent le sort de la société domestique, soit que ces actes aient pour objet de la créer civilement en quelque sorte, ou de la constituer comme les contrats de mariage; soit qu'ils aient pour objet de la conserver et la perpétuer comme les testamens, les adoptions, les légitimations. Cette règle ne souffre d'exception qu'au cas où la société n'est pas encore assez avancée en civilisation pour que la famille se distingue parfaitement de l'état. Les contrats et les obligations, au contraire, qui appartiennent aux relations commerciales, n'ont été soumises à d'autres formalités qu'à celles absolument nécessaires pour les constater et en conserver le souvenir. Presque partout la présence de quelques témoins a paru suffire; l'intervention de la puissance publique, dans les actes de ce genre, n'est que de création moderne.

167. Le premier soin d'une société doit être naturellement celui de pourvoir à sa subsistance; aussi dès qu'un peuple se montre dans l'histoire, on aperçoit aussitôt des traces d'un partage des terres; il semble que ce soit le premier acte de l'autorité publique, celui par lequel elle révèle son existence. A cette nécessité du partage des terres succède immédiatement celle de pourvoir à la conservation des familles; car la conservation des familles, c'est la conservation de l'état même. Or, le grand moyen de conservation des familles est la conservation de leurs moyens de subsistance; c'est la conservation de leurs patrimoines. Commencent alors les diverses gradua-

tions et le développement progressif de la législation successorale qui, à mesure que l'édifice de la société s'élève et se fixe, s'établit sur des exclusions et des priviléges, suivant un rapport plus ou moins exact de l'accroissement de la population à l'état des ressources publiques.

168. La loi successorale, sans laquelle la famille ne peut se conserver, atteste la présence d'un pouvoir public déjà plus ou moins parfaitement constitué, démonstration historique de cette vérité, connue d'ailleurs, que la famille ne se conserve qu'au sein de la société civile.

On conçoit aisément qu'il ait existé une époque où la famille, confondue avec la société qu'elle composait tout entière, ne pouvait être distinguée d'elle. Le pouvoir public alors n'était que la volonté du pére de famille, et la loi de la transmission des biens que l'expression de cette volonté réelle ou présumée. Cet état n'a pu exister que chez des peuples sédentaires, qui se répandirent insensiblement sur les pays environnans à mesure que croissait leur population ; mais il ne se conçoit pas et n'a pu exister jamais chez les peuples nomades qui se sont établis par voie de migration dans des contrées lointaines, parce que le fait même de la migration et l'accomplissement de ses conséquences immédiates ont nécessité la formation d'un pouvoir public. Ici ce n'est plus, à proprement parler, la famille qui par un développement lent et successif s'élève à l'état de société : on rencontre dès l'origine un mouvement brusque, une progression rapide vers l'état social, produite par la nécessité qui a donné lieu à la migration. Cette migration suppose nécessairement la création plus ou moins explicite et formelle d'une autorité publique dont la mission

s'étend jusqu'au partage du pays envahi. Dès lors et encore bien qu'on retrouve fréquemment l'état de communauté chez ces peuples, même après leur émigration, il faut reconnaître que c'est le pouvoir public qui y crée et y conserve la famille dès l'origine par une loi régulatrice de la transmission des patrimoines.

169. Tâchons donc de fixer nos idées sur les caractères généraux que présente toute législation successorale considérée dans son ensemble.

Les priviléges, les exclusions et tous les retours qui compliquent le système successoral sont des lois de conservation qui se multiplient à mesure que la hiérarchie sociale s'élève et qu'elle se fixe.

Nous avons déjà énoncé ailleurs cette règle invariable, que plus le pouvoir est élevé, plus la propriété qu'il s'agit de transmettre est importante, et plus les lois conservatrices qui règlent la transmission sont rigoureuses, plus elles se montrent privilégiées et exclusives, plus en un mot elles s'écartent des notions connues sous les noms d'équité, liberté, affection naturelle.

En un mot, à mesure que le pouvoir public se constitue, que ses rapports avec le sujet et son mode d'action sur lui s'affermissent et se régularisent, que de puissantes corporations se forment et que surgissent des pouvoirs intermédiaires, le système successoral s'embarrasse de plus en plus de priviléges et d'exclusions, de règles de retour et de distinctions de biens qui ne sont autre chose que des lois de conservation.

170. Mais d'un autre côté l'accroissement des ressources publiques tend à rendre les lois de conservation moins nécessaires, et par suite moins rigoureuses. A mesure que la richesse nationale croît, les priviléges suc-

cessoraux peuvent donc diminuer dans une certaine proportion.

Des principes que nous venons d'exposer résulte ce fait général justifié par l'expérience, que si l'on voit naître les lois de priviléges et d'exclusions, en matière successorale, aux époques où le pouvoir public s'élève et où la société s'organise, ces mêmes lois, au contraire, subissent des modifications essentielles, ou même disparaissent complètement lorsque l'activité du commerce et de l'industrie, en même temps qu'elle mobilise les fortunes, produit un accroissement considérable dans la richesse du pays.

Une cause morale indépendante de l'accroissement des richesses peut néanmoins amener un résultat semblable, s'il arrive que la raison d'état change et que l'esprit publio exige impérieusement une autre répartition du bien-être social. Dans ce cas, ordinairement ce changement se fait, non pas successivement, mais d'une manière successive plus ou moins brusque et instantanée : c'est une révolution.

Il semble donc que l'on peut ramener les diverses transformations de la loi successorale à trois périodes principales :

171. Première époque : partage des terres et législation conservatrice du patrimoine départi à chaque famille;

Seconde époque : l'état social et le pouvoir public s'élèvent et s'organisent: création de pouvoirs intermédiaires et de corporations aristocratiques, priviléges, exclusions;

Troisième époque : accroissement de l'industrie et de la richesse nationales, accompagné nécessairement d'un

changement correspondant dans les idées et dans les mœurs ; adoucissement des lois de conservation ; élimination des priviléges successoraux ; morcellement des fortunes ; égalité des partages ; l'esprit de famille est méconnu.

Chacun de ces systèmes, considéré à son époque et dans la sphère qui lui appartient, est bon en soi, comme un développement historique correspondant à une nécessité sociale. Il faut reconnaître cependant que le meilleur état de la société serait celui-là où la conservation des existences acquises est sagement conciliée avec la nécessité de donner place dans l'état aux nouvelles existences qui y surgissent naturellement.

SECONDE SECTION.

Explication de quelques Maximes et Usages successoraux.

SOMMAIRE.

172. *Comment on peut connaître et apprécier une loi successorale. Ce qui forme l'esprit d'une législation.*

173. *A la différence du commerce et des obligations qui sont de droit commun, le pouvoir public et domestique est diversement réglé chez chaque peuple.*

174. *Deux raisons qui s'opposent à l'unité de la législation. Les coutumes ne sont que des faits semblables trouvés justes et répétés.*

175. *L'aîné doit faire les lots et le puîné choisir.*

176. *Le mort saisit le vif; institution d'héritier n'a point de lieu.*

177. *Propres ne remontent.* Paterna paternis; materna maternis.

178. *Exclusion des femmes de la testamentifactio active et passive. Leur exclusion de l'hérédité. Préférence des mâles, même des parens par mâles.*

179. *Des mésalliances.*

180. *Raison de l'inversion de la loi successorale chez les peuples pasteurs. C'est le dernier né qui succède à l'héritage paternel.*

181. Nemo pro parte testatus, pro parte intestus decedere potest. *Droit d'accroissement.*

182. *Précautions de la loi successorale à Sparte.*

183. *La fille héréditaire à Athènes qui pouvait être revendiquée comme chose avait comme personne le droit de se faire épouser.*

184. *Raison du lévirat. Ce fut le contrepied de l'adoption et de l'institution testamentaire.*

172. Pour apprécier une loi successorale et la direction qu'elle tend à prendre, il ne suffit pas de s'être rendu compte de la nature juridique de la famille et de ses rapports avec l'état, il faut connaître encore les antécédens de cette législation ou la série des faits par lesquels elle a successivement passé avant d'arriver jusqu'à nous.

Les lois à l'origine sont des traditions ou des usages.

Les coutumes des peuples ne sont que leur manière habituelle d'agir dans des circonstances données.

Si tous les peuples se trouvaient placés précisément dans les mêmes positions physiques et morales, s'ils étaient tous doués des mêmes inclinations et du même caractère, leurs usages, et par conséquent leurs lois, seraient probablement à peu près les mêmes.

Mais parce qu'il existe de nombreuses différences dans leurs positions respectives par le climat, la nature du sol, leurs besoins, leurs idées et leurs lumières, ils ont tous des inclinations diverses, certains traits particuliers qui produisent dans leur manière habituelle d'agir des différences correspondantes.

Ce sont ces différences qui constituent le carractère particulier de chaque pays, et forment l'esprit de sa législation.

173. Le commerce unit entre eux différens peuples : il n'a donc pu se régler que par des principes qui leur fussent communs à tous. C'est une des raisons pour lesquelles la matière des obligations a été dans toutes les législations traitée à peu près de la même manière.

Il en est autrement des lois du pouvoir public et du pouvoir domestique, qui sont ce qu'il y a de plus élémentaire et de plus intime dans la vie d'une nation. Ces lois diffèrent dans chaque peuple. C'est le germe de son développement social, c'est ce qui constitue son individualité.

174. Les lois d'un être, quel qu'il soit, sont en général les conditions de son existence et de son développement.

Tout ce qui existe a en soi, dès son origine, le germe de tout ce qui est nécessaire à ce développement ; mais ces lois sont susceptibles de divers degrés de perfection, et cette perfection est toujours relative. La loi ne doit

pas se développer plus vite que l'être qu'elle est destinée à régir et à conserver. Donc une loi qui convient à un peuple très avancé dans la civilisation peut ne pas convenir à un peuple encore sauvage, et la manie d'asservir, à la même époque, toutes les nations aux mêmes formes de gouvernement est aussi ridicule que funeste.

La vérité et les lois de l'ordre ne se manifestent que par degrés, et cette manifestation ne se produit qu'à mesure que les besoins de la société l'exigent. Le signe auquel le législateur doit s'arrêter pour connaître s'il est temps de proclamer certains principes, c'est la nécessité. La nécessité est la voix de la Providence : il est aussi funeste de la prévenir que de lui résister.

Si la loi n'est à son origine qu'une coutume, c'est-à-dire une suite de faits semblables trouvés raisonnables et répétés, il est facile de découvrir la raison des institutions et des lois les plus singulières en apparence. Il suffit d'examiner comment, eu égard à la position intellectuelle et physique des grandes familles humaines, l'affaire qui fait l'objet du point de législation qu'on étudie, et qui se présentait à traiter, devait l'être aux yeux du simple bon sens.

175. Recherchons, à l'aide de cette notion, la raison de quelques maximes les plus anciennes et les plus généralement admises en matière successorale.

« Il se dit comme un proverbe, dit d'Argentré par les gens des champs, que *l'aîné doit faire les lots et le puîné choisir.* C'est une fort vieille et ancienne autorité, comme il y en a mille autres parmi le peuple commun, desquelles ceux qui les allèguent et s'en servent, n'entendent souvent pas les origines, etc. »

Cette règle est fondée en raison et prise dans la nature des choses. Il est aisé de la justifier.

Au pouvoir du père qui a disposé de son patrimoine, ou qui est censé en avoir remis la disposition à la volonté de la loi, il est nécessaire que succède un autre pouvoir qui accomplisse cette volonté, et qui consomme la distribution des biens. Ce pouvoir, tous les peuples qui ont fait prédominer dans la famille le principe de conservation, se sont accordés à le conférer à l'aîné, naturellement présumé le plus expérimenté et le plus sage. Dans nos coutumes, la justice se saisissait des successions en ligne collatérale, et en opérait elle-même la délivrance des lots, mais en directe cette saisine appartenait à l'aîné, qui, chef de la famille, se trouvait immédiatement chargé du plus noble des devoirs, celui d'accomplir et de mettre à exécution la volonté réelle ou présumée de son auteur. Ce devait être le premier usage du nouveau pouvoir dont il se trouvait investi.

La *choisie* appartenait au plus jeune, parce que dans un âge tendre la fraude se présume difficilement, et que d'ailleurs un sentiment moral délicat faisait regarder l'enfance et la faiblesse comme les plus sûrs interprètes de la volonté divine.

176. Le sens commun appliqué au fait qui se présentait à régler, savoir : la répartition entre héritiers du patrimoine de la famille, rendue nécessaire par le décès de l'auteur commun, telle a été la raison du premier partage. Ce mode, trouvé sage, s'est répété par les mêmes motifs qui l'avaient fait admettre d'abord : en se répétant, il passa en coutume et devint loi.

Succéder, c'est prendre la place du défunt. La succession répare la mort ; elle remplit le vide que celle-ci

fait dans la société. Il est évident que cette substitution est d'autant plus complète dans l'intérêt de la sécurité sociale, qu'elle s'effectue d'une manière plus certaine et plus immédiate. La simple possibilité, pour un certain nombre de personnes, de parvenir à remplir cette vacance au préjudice de l'héritier légal; la seule intermission, la suspension dans la possession des droits du défunt suffisent pour irriter les passions et produire des chances de trouble et de désordre. Dans une société fixée et réglée sévèrement, la transmission successorale doit donc être immédiate et invariable. Notre ancien droit coutumier avait deux règles qui satisfaisaient à cette nécessité sociale : *institution d'héritier n'a point de lieu; le mort saisit le vif.* Ces deux règles, au moyen desquelles la transmission du patrimoine s'opérait toujours d'une manière régulière et instantanée, semblent être l'expression du système successoral le plus puissant, le plus complet, de celui où le défunt est toujours remplacé sans intervalle et sans trouble par la personne qu'appellent l'intérêt public et la voix du sang. La possession de l'héritier n'est que la possession du défunt continuée.

177. La force du principe de conservation avait pareillement fait naître plusieurs autres maximes dont la raison est également facile à saisir. La conservation des biens dans la famille d'où ils viennent avait créé la maxime *paterna paternis*, *materna maternis*, maxime qui avait reçu en Bretagne une telle extension qu'elle s'appliquait non seulement aux propres de chaque ligne, mais encore aux meubles et aux acquêts.

De cette règle, le même principe de conservation en avait déduit une autre qui violait d'une manière flagrante les prescriptions les plus naturelles, puisqu'elle allait,

dans certaines coutumes, jusqu'à faire refuser une légitime aux ascendans. La règle, que *propres ne remontent*, eut une grande affinité avec la règle *paterna paternis*, ou plutôt elle en était dérivée. Ces deux règles ne sont qu'une seule et même idée qui peut se résumer ainsi : les biens doivent rester dans les mêmes lignes et souches familiales, afin de les perpétuer. La vitalité de la famille ne réside que dans la descendance. L'ascendance ne perpétue pas.

178. Nous avons vu, en traitant de la faculté de disposer, que la nécessité de la conservation du patrimoine fit priver les femmes de la faculté de tester activement et passivement. Le même principe de conservation les fit exclure de l'hérédité dans un grand nombre de législations, dans presque toutes celles qui suivirent l'époque du premier partage des terres. A Rome, ce fut entre la seconde et la troisième guerre punique que les richesses étant venues à s'accroître, le mal commença de se faire sentir : on y remédia par la loi voconienne.

Par la loi salique, les seuls mâles succédaient : on peut en donner diverses raisons. Après l'envahissement, les guerriers francs se partagèrent les terres conquises : il était naturel que ceux qui avaient subi les dangers du combat fussent seuls admis au partage du butin. Ces terres étaient concédées à la charge d'un service militaire, et, sous ce rapport encore, les femmes durent en être exclues. Or, la loi qui s'était naturellement établie dans l'opération du partage des terres se conserva tout aussi naturellement dans leur mode de succession, qui n'est que ce partage primitif conservé.

« Ces usages de l'exclusion des filles, dit Dulwigt, t. 2, pag. 18, que l'on trouve chez les Israélites, les Grecs,

les anciens Romains et les Allemands doivent avoir été répandus par toute la terre, car ils régnaient dans toute l'Afrique et en Asie, selon le témoignage de Bodin (*de Rep.*); en Gaule, selon Godefroy; en Espagne, selon Gutierez et Fontanella. » L'auteur cite de nombreux documens qui attestent que le même usage exista en Souabe, Hesse, Cologne, Juliers, Berg, Clèves, Mecklenbourg, Saxe, Frise, Prusse et Bohême. Les coutumes de Normandie, d'Auvergne, de Berry, etc., en contenaient des dispositions.

Le principe de conservation ne fit pas admettre seulement la préférence des mâles, mais encore celle des parens par mâles. Il fit exclure non seulement les filles dotées, qui pouvaient être considérées comme nanties de leur portion dans le patrimoine commun, mais aussi celles pourvues de maris seulement ou dûment apanagées.

179. Nous connaissons la nature du droit d'aînesse et sa raison; nous l'avons décomposé, au titre de la légitime, dans ses élémens essentiels. La prohibition des mésalliances ou alliances roturières ne fut qu'une conséquence ultérieure du droit d'aînesse. Le seigneur ayant des frères et sœurs dans la plus étroite médiocrité, par suite du partage inégal, aurait vu ternir l'éclat de sa maison par des alliances au second degré formées dans la lie du peuple.

180. Au même endroit nous avons touché la raison qui fait succéder chez certains peuples pasteurs le plus jeune des enfans à l'héritage paternel (2).

L'état pastoral est celui où l'homme peut vivre dans le plus complet isolement. Une famille peut subsister seule, avec de nombreux troupeaux, au milieu d'un vaste

pays sans culture. A mesure que la famille s'accroît, les aînés quittent la maison paternelle avec une portion de bétail qu'ils conduisent. Le plus jeune reste seul. Dans les autres états de société, les hommes sont forcés de se réunir et de se concerter pour pourvoir à leur subsistance. Qu'ils vivent de la chasse ou de rapines, ils ne peuvent faire la guerre ou détruire les bêtes féroces qu'en unissant leurs moyens et leurs forces; aussi, dans l'état de nature qui précède la migration, on les rencontre ordinairement divisés en tribus indépendantes.

Chez les peuples agriculteurs, pour que le patrimoine de la famille se conserve, il est nécessaire que son intégralité ou sa plus grande partie soit réunie dans une seule main; la conservation du patrimoine n'exige rien de semblable chez les peuples pasteurs, où au contraire l'économie et la multiplication du bétail rendent nécessaire sa dispersion.

Chez les peuples agriculteurs, la famille pouvant exister avec tout son accroissement naturel dans un espace circonscrit et limité, elle donne aussitôt naissance à une petite société. La transmission successorale est à la fois la transmission du patrimoine et du pouvoir domestique : il est naturel et sage de confier l'un et l'autre au plus âgé des enfans, à celui sur la coopération duquel le père se repose depuis long-temps dans l'administration de sa famille. Les peuples pasteurs peuvent vivre dans un plus grand isolement; la puissance du pouvoir domestique y est moins nécessaire et moins sensible; et quant à l'administration et au soin du bétail, elles n'exigent pas la maturité de l'âge et de l'expérience au même degré que la culture des terres.

Chez les peuples agriculteurs, le droit d'aînesse en-

traîne avec soi une inégalité dans le partage : l'aîné a la majeure partie dans le patrimoine paternel. Chez les peuples pasteurs, le droit de quévaise ne produit pas nécessairement une augmentation de part. On conçoit, en effet, que le patrimoine paternel consistant en troupeaux, les aînés, à mesure qu'ils émigrent, en emmènent des portions considérables. Il peut même arriver que le plus jeune, ne trouvant plus dans la maison paternelle que ce que les aînés y ont laissé, se voie par le fait réduit à une moindre portion qu'eux. Le droit d'aînesse est avantageux à l'aîné; on ne voit pas que le droit de quévaise soit avantageux au plus jeune. Aucune raison chez les peuples pasteurs ne s'oppose au partage égal.

La coutume qui fait succéder le plus jeune des enfans à l'héritage paternel tient donc à l'état familial particulier des sociétés nomades. Chez elles, tout l'avenir de la famille est dans la migration. Rester sur l'héritage paternel, loin d'être un privilége réservé à la force et à la maturité de l'âge, est le partage du plus faible et du dernier né. La raison d'indivision, qui légitime l'aînesse, s'évanouit d'ailleurs absolument dans les pays habités par les nomades, où de vastes territoires incultes sont livrés au premier occupant. Les deux élémens en lesquels s'analyse le droit d'aînesse, l'indivision et la préférence, manquent donc à la fois : c'est la raison de l'élimination de ce droit. La demeure sur l'héritage paternel, au lieu de perpétuer la famille et d'assurer son avenir, est naturellement le dernier lot et le plus chétif ; c'est la raison de son inversion.

181. Le patrimoine est le vêtement civil, l'enveloppe extérieure d'une personne morale dans la sphère des intérêts matériels. Il porte le caractère de la personnalité,

il est comme le masque de l'individu. Après son décès, il conserve cette même nature : *hereditas sustinet personam defuncti.* C'est à ce caractère personnel de l'hérédité qu'il faut rapporter certains axiômes de droit dont on chercherait vainement ailleurs une raison précise. De ce nombre est la maxime romaine, *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest ;* de là encore la nécessité du droit d'accroissement, conséquence de la maxime, que l'hérédité représentant une seule et unique personne, elle ne pouvait pas vaquer pour partie. Par analogie, on l'étendit aux dispositions particulières, sur cette raison sans doute que le testateur ayant appelé plusieurs personnes à une même libéralité, il était naturel de croire qu'il avait préféré, par rapport à la chose léguée *in solidum*, chaque légataire en particulier à son héritier légitime.

182. On se rendrait compte de la même manière des phénomènes singuliers et des usages bizarres qui nous frappent d'étonnement dans certaines législations.

Rien de plus sévèrement réglé que la république de Sparte; nulle part aussi la loi sur le partage des terres ne fut plus complète et plus prévoyante. Outre le territoire divisé en trente mille portions pour les Laconiens, et neuf mille pour les Spartiates, il paraît qu'une certaine étendue de terres était mise en réserve pour l'accroissement éventuel de la population. La portion des hommes chargés des besoins généraux de la famille était de 70 médimnes, celle des femmes de 12. Indépendamment de l'extinction naturelle des familles et des décès survenus à la guerre, on assignait une portion de terre aux nouveaux-nés, après les avoir soumis à l'examen corporel qui suivait leur naissance. D'un autre côté, il

était défendu de diviser la portion reçue originairement. Si l'aîné cultivait la portion de son père, le cadet en obtenait une équivalente des domaines réservés dans cet objet par l'état.

Cinq siècles après ce partage, on admit les femmes à la succession des domaines paternels. La loi qui l'établit ainsi eut pour auteur un éphore nommé Epitadès. Chacun put disposer de son bien pendant sa vie, et le laisser par testament après sa mort. Les acquisitions se multiplièrent et s'accumulèrent ; tout appartint à quelques personnes : la pauvreté devint générale.

Le partage des terres n'eut pas suffi à Lycurgue pour obtenir une parfaite égalité. Les propriétés mobilières n'avaient pas été arrachées à leurs maîtres, et pouvaient leur procurer une supériorité assurée : ce législateur les attaqua par un autre moyen ; ce fut l'objet de la fameuse loi par laquelle il défendit l'usage de l'or et de l'argent.

183. Le droit grec produisit et dégagea du fond substantiel asiatique l'expression de la personnalité. Dans l'hérédité orientale la femme, absorbée dans l'unité de la famille, était transmise comme une pure chose avec le reste du patrimoine. Dans le droit héréditaire attique, la fille conserve encore cette qualité de chose; mais en même temps elle se fait reconnaître comme personne ; elle acquiert comme telle une valeur juridique, et exerce un droit propre. Une loi, rapportée par Démosthènes, porte : Si un citoyen, qui meurt sans avoir fait de testament, laisse des filles, on ne pourra revendiquer la succession qu'en les *revendiquant* elles-mêmes. Le fils adoptif ou héritier était tenu de les épouser : ainsi, revendiquées comme choses, elles avaient comme personnes le droit de se faire épouser.

184. Chez les Israélites, la chaleur du climat, jointe à l'usage de la polygamie, fit naître souvent chez le mari un état d'impuissance. Cet obstacle au grand but de la propagation de l'espèce fut levé par l'institution du lévirat. Il est évident que l'acte du renouvellement de la famille ne pouvait se faire d'une manière plus convenable. Il fallait que ce fût le plus proche parent du défunt qui épousât sa veuve, autrement ce n'eût pas été son sang; ce n'eût pas été le renouvellement d'une famille, mais la création d'une autre famille. Et s'il fallait que ce fût le plus proche parent, ce ne pouvait être que le frère, la différence d'âge excluant nécessairement tout ascendant. Le lévirat peut être considéré comme le contre-pied de l'adoption et du testament, qui sont des créations tout artificielles, l'institution d'une famille nouvelle par la seule volonté de l'individu, sans la coopération de la nature. L'adoption et l'institution testamentaire sont produites par une aversion générale pour le mariage, et destinées à réparer fictivement, à consoler du moins la stérilité du célibat. Le lévirat est nécessité par la polygamie, et destiné à réparer d'une manière efficace et réelle ses désastreux résultats.

Ces exemples suffisent pour rendre sensible que toutes les institutions juridiques reposent sur une raison simple prise dans l'ordre naturel, ou dans les notions du sens commun appliquées au fait né du développement social du peuple que l'on observe.

TROISIÈME SECTION.

Esquisse de quelques Systèmes successoraux les mieux connus.

§ PREMIER.

DE LA SUCCESSION INDIENNE.

SOMMAIRE.

185. *La survenance du décès n'empêche pas la communauté de continuer de subsister dans sa forme extérieure ; cette continuation, qui est dans le vœu de la loi, tient plutôt à une fixité monumentale qu'à une puissance vitale de conservation.*

186. *Comment est réglé l'ordre de succession. L'idée de descendance disparaît au troisième degré.*

187. *Suite : point de représentation.*

188. *Les prévisions de la loi héréditaire ne s'étendent pas au-delà de trois générations par les mâles, et de deux générations par les femmes.*

189. *Succession collatérale.*

190. *Suite : éternelle répétition des mêmes formes.*

191. *Hérédité de la femme.*

192. *Dans une semblable législation, la faculté testa-*

mentaire ne pouvait être admise que d'une manière exceptionnelle et restrictive.

193. *Examen et critique de cette loi successorale.*

194. *Résumé.*

185. Un grand travail serait à faire : suivre et observer l'idée de succession sous toutes les formes diverses qu'elle a prises chez les principaux peuples connus. L'exécution d'un pareil plan serait une histoire philosophique des successions. Dans l'impossibilité où nous sommes de l'entreprendre, essayons d'exposer les caractères les plus frappans, et de faire connaître l'esprit des systèmes successoraux les plus remarquables dont les monumens sont parvenus jusqu'à nous.

Le droit indien fut en grande partie un statut religieux. Ce qui dominait dans son système successoral n'était pas, comme à Rome ou même à la Chine, l'idée de propriété, mais la nécessité de la conservation des sacrifices en deçà d'un certain nombre de degrés de parenté. Plusieurs de ses décisions ne sont pas catégoriquement obligatoires, mais admettent une plus ou moins grande piété subjective.

Quand un homme meurt laissant une femme et des enfans, la communauté familiale n'est pas pour cela dissoute. Il paraissait inconvenant que des enfans demandassent le partage du vivant de leur mère, à moins que celle-ci n'en exprimât le désir ; mais après son décès les enfans pouvaient entrer en possession du patrimoine.

L'esprit de cette disposition est évidemment la conservation, aussi long-temps que possible, de la forme extérieure de la société domestique : sa continuation prolongée. La faveur des jeunes mariages, la faveur de

la transmission à la descendance, l'avenir de la famille, en un mot, sont sacrifiés à la continuation de la communauté sous la même forme. Cette forme de la famille est religieusement gardée aux dépens de sa force vitale et de sa tendance naturelle à se perpétuer : immobilité dans la forme, fixité sans force vitale.

S'ils veulent continuer de vivre en communauté, le frère aîné reçoit la possession exclusive du patrimoine, et les autres vivent sous son administration comme sous celle de leur père.

Cette continuation de la communauté, même après le décès de la mère, est le vœu de la loi. C'est ce que prouvent suffisamment les avantages que reçoivent ceux des frères restés en communauté, comparativement à ceux qui en sortent (3). Néanmoins, cette continuation de la communauté n'est qu'un état provisoire qui doit se terminer tôt ou tard par un partage égal, ou à peu près tel. La tendance de fixité qu'elle révèle n'est donc qu'une force d'inertie, une espèce d'engourdissement, un effort de la société publique à conserver tout l'extérieur de la famille dans le même état que si le décès n'y fût pas survenu. Mais ce n'est point ce principe vital de conservation de l'intégrité du patrimoine, tel qu'on le trouve dans nos anciennes coutumes françaises, dans plusieurs desquelles, par exemple, tout demeurait en définitive à l'aîné, à la charge de fournir à l'entretien de ses puînés, et de dûment aparager ses sœurs. Ici donc encore immobilité dans les formes extérieures, une sorte de fixité monumentale, mais ni force vitale ni puissance de conservation.

186. Laissant de côté les différentes sortes de fils et leur ordre respectif de vocation, ainsi que le cas où ils

sont nés de femmes de différentes castes, nous trouvons l'ordre de succession réglé de la manière suivante:

En premier lieu viennent les fils, de manière cependant que le petit-fils né d'un fils décédé reçoit par représentation la part de son père, et conséquemment en ce cas la succession a lieu *in stirpes*. Cette disposition s'étend jusqu'à l'arrière-petit-fils. S'il n'y a que des petits-fils ou des arrière-petits-fils seulement, ils n'héritent plus *in stirpes*, mais par portions égales *in capita*. Mais voici ce qui caractérise la succession indienne : l'idée de descendance, en ce qui concerne le droit d'hérédité, ne se prolonge pas à l'infini; elle disparaît au troisième degré dans la personne de l'arrière-petit-fils, pour reparaître de nouveau avec efficacité après être devenue le droit d'un autre rang dans la ligne ascendante. Si en effet il n'existe pas d'arrière-petit-fils né d'un fils naturel ou adoptif, l'hérédité n'échoit pas au fils de l'arrière-petit-fils; celui-ci, quoique descendant en ligne directe, ne reçoit rien, au contraire, et l'hérédité passe à la femme, à laquelle dans les cas précèdens l'héritier ne devait qu'un entretien convenable.

Quel est le sens de cette disposition? La mère, après le décès de son mari, est impuissante à perpétner la famille, entre ses mains celle-ci ne peut que décroître et successivement s'éteindre : aucun principe de conservation ne réside en sa personne. La famille ne se perpétue que par sa descendance directe. Que peut donc faire la femme en conservant l'administration? Une seule chose : empêcher que l'unité d'administration ne se rompe, maintenir la forme extérieure de la société domestique, dont le principe générateur est éteint en elle et ne peut revivre que dans la descendance. En prescrivant le re-

tour du patrimoine à la femme, au préjudice des droits naturels de cette descendance au-delà du troisième dégré, la loi de Menou sacrifie à la fixité purement provisoire de la forme le principe générateur de la famille, sa force de vitalité et de conservation. Une pareille disposition ne se retrouve dans aucune autre société; c'est un véritable renversement d'idées, quelque chose d'incomplet et de contraire à la nature. Elle n'est enfin que la reproduction de cette proposition dans laquelle paraît se résumer toute la pensée de la succession indienne : fixité dans les formes, sacrifice de la vitalité.

187. Si la femme ne vit plus, les filles héritent : celles qui ne sont pas mariées, puis celles qui sont mariées, et même celle qui a des enfans, ou qui pourrait en avoir, a la préférence sur la femme stérile ou qui est restée veuve sans enfans.

S'il n'y a pas de fille, l'hérédité passe aux fils de la fille. En ce cas, il n'y a point de représentation, et la fille exclut toujours les fils des autres filles.

Cette absence du droit de représentation sert encore à caractériser le droit successoral indien. La représentation exprime la perpétuité de la descendance; elle n'a pas lieu entre les descendans des filles, parce que le principe successoral n'a pas assez de vitalité pour atteindre jusque là.

Dès qu'il s'agit de la succession des filles il n'est plus question de perpétuité : elles ne sont admises, ainsi que leurs descendans, que comme comprises sous l'enveloppe extérieure de la société domestique. Ni conservation, ni perpétuité, ni par conséquent représentation.

188. L'hérédité dans la ligne descendante ne va pas au-delà du fils de la fille, et disparaît par conséquent un

degré plus tôt que dans la descendance du fils. Ainsi, la famille n'étend pas son avenir légalement au-delà de trois générations par les mâles, et de deux générations par les femmes, famille sans perpétuité dans laquelle toute vitalité vient expirer au fils de la fille. On croit y sentir quelque chose de monumental, et comme le froid de la mort.

On essaierait vainement d'expliquer la bizarrerie de ces limitations, en disant qu'elles avaient leur source dans l'obligation religieuse des sacrifices dus aux ascendans décédés, obligation qui ne s'étendait pas au-delà du troisième degré : car pourquoi cette obligation ne s'étendait-elle pas au-delà ? Pourquoi l'avenir de la famille et la continuité de ses sacrifices n'excédaient-ils pas trois âges d'hommes? La limitation de l'obligation des sacrifices n'explique rien ; elle décèle elle-même la faiblesse de la constitution de la famille indienne, l'absence totale de ce sentiment énergique et puissant qui dicta la belle maxime du peuple-roi : *Sacra privata perpetua manento.*

189. Si nous passons à l'examen de la succession indienne en collatérale, nous retrouverons la même tendance d'indivision, la répétition des mêmes formes et le même défaut de vitalité qu'en directe.

S'il n'existe pas de fils de la fille, l'hérédité passe au plus proche ascendant : au père, à son défaut, à la mère; s'ils sont morts tous les deux, aux frères, et les germains sont préférés au simple consanguin ; s'il n'y a pas de consanguin, l'hérédité échoit au fils du germain, à son défaut, au fils du demi-frère ; si celui-ci manque pareillement, l'hérédité passe aux fils du frère germain et du demi-frère par égales portions. Et comme le plus pre-

che exclut le plus éloigné, le simple demi-frère exclut le fils du frère germain; ce qui se fonde sûr la plus grande intimité de la communion religieuse des sacrifices. Dans cet ordre, de même qu'à l'égard des descendans, l'hérédité ne passe pas au-delà du petit-fils du frère, comme formant le quatrième degré de la ligne descendante à partir du père, parce que le descendant plus éloigné du frère ne serait plus avec le défunt en communauté de sacrifices.

Pour sentir tout le vice de ces dispositions, il suffit de les rapprocher d'une loi plus parfaite : dans notre ancien droit français, par exemple, l'hérédité combinait deux principes, la conservation de la famille, sa vitalité. La conservation des biens produisait leur retour à la ligne et à l'estoc d'où ils étaient sortis; la vitalité ou la perpétuité de la famille s'exprimait, comme elle le fait encore dans le nouveau droit, par la transmission à la descendance, même en ligne collatérale. Ces deux élémens sont sacrifiés dans la loi indienne. Conservation des biens par voie de retour *:* il n'en existe pas de trace; la proximité du degré fait tout. Le demi-frère exclut le fils même du frère germain. Perpétuité *:* elle ne s'étend pas au-delà du petit-fils de frère.

190. S'il n'y a point de petits-fils du frère, l'hérédité passe aux fils de la sœur, puis elle va des collatéraux du père, en montant d'un degré, au grand-père paternel, ou, à son défaut, à la grand'mère paternelle. Si celle-ci n'existe pas non plus, l'hérédité redescend, comme dans les cas précédens, jusqu'au quatrième degré au-dessous du grand-père, par conséquent au frère du père, au cousin et au fils d'icelui. Si aucun d'eux n'existe, la succession passe, avec une parfaite analogie aux cas précédens,

au fils du père de la sœur; mais elle ne va pas plus loin dans la ligne descendante : car ici encore la descendance des femmes est plus faible que celle des mâles. Après que l'hérédité, au défaut d'un fils de la fille du grand-père, a été déférée au fils de la fille du frère paternel, elle remonte, si celui-ci manque, jusqu'à trois fois, et elle arrive au père du grand-père paternel ou à la mère du grand-père. Puis elle redescend, comme ci-dessus, de trois degrés en ligne directe jusqu'à l'arrière-petit-fils du bisaïeul, ou jusqu'au petit-fils du côté de la fille. Alors la succession passe au père de la mère, et, à son défaut, elle redescend de trois degrés jusqu'à l'arrière-petit-fils du grand-père maternel. Mais la fortune ne va pas, comme dans la ligne ascendante du côté du père, au grand-père de la mère et à ses descendans : la ligne directe des descendans du défunt, rompue à l'arrière-petit-fils, se rétablit alors de nouveau (ainsi, tous ces ascendans et collatéraux avaient été préférés à la descendance du père, sacrifice monstrueux de la vitalité familiale). En effet s'il n'y a pas d'arrière-petit-fils du grand-père maternel, l'hérédité est déférée au fils de l'arrière-petit-fils du défunt, et elle continue ainsi, non à l'infini, mais seulement toujours trois degrés plus bas, c'est-à-dire jusqu'au sixième degré à partir du défunt, ou jusqu'à l'arrière-petit-fils de l'arrière-petit-fils.

A quoi revient tout ce système ? A l'éternelle répétition des mêmes formes se reproduisant avec une sorte de périodicité. La famille semble se résumer dans cette unité religieuse de personnes qui sont en relation de sacrifices, et qui forment les trois degrés au-delà desquels la perpétuité s'éteint. Voilà l'expression à laquelle la famille est constamment ramenée. Si cette famille reli-

gieuse manque dans la ligne directe descendante, on va chercher son image un degré plus haut, d'où elle se produit en collatérale; et si cette première famille collatérale fait défaut, on l'image encore de la même manière en remontant d'un degré : en sorte que l'on retrouve constamment la même relation de sacrifices, la même image ternaire, la même mutilation du principe de vitalité. Seulement on peut remarquer que la masculinité a le double avantage d'être préféré au sexe féminin, toutes choses égales, et d'exercer son droit héréditaire un degré plus loin, la descendance par femmes n'opérant aucun effet au delà du troisième degré. Ainsi, immobilité de forme, sacrifice de la perpétuité, éternité dans l'image, faiblesse et stérilité dans la substance : tel est le trait distinctif et fondamental de l'hérédité indienne.

191. Quant à l'hérédité de la femme, elle passe premièrement à sa famille et à ses descendans directs; mais elle ne va pas au-delà du fils du petit-fils. Ultérieurement elle revient à la famille de son mari, de manière que la descendance naturelle et directe de la femme se trouve exclue, et la perpétuité de la famille est encore sacrifiée ici à la consistance provisoire de l'ensemble.

192. La faculté de disposer par testament fut extrêmement restreinte chez les Indiens; on peut même la considérer comme n'y ayant pas existé, puisqu'elle se bornait au droit qu'avait le père de favoriser de ses acquêts le fils bon et obéissant qui ne pouvait pas se suffire.

La société indienne réflétait de toutes parts le principe substantiel, l'infini. Elle ne pouvait contenir une expression générale de la personnalité, de l'individualisme. La faculté testamentaire, érigée en principe et admise d'une manière absolue, est une haute puissance de la person-

nalité : cette transmission variable et arbitraire du patrimoine est aussi un élément de mobilité très actif. La faculté de tester ne pouvait donc exister en principe dans l'Inde; elle ne pouvait y être admise que comme une exception ou un supplément à la dévolution des biens naturelle et légitime.

La faculté testamentaire, en passant dans les mœurs d'une société, peut y produire deux effets contraires. Quelquefois, et c'est son résultat quand elle est la règle et le principe, l'ordre légal, l'exception, elle est destructive du patrimoine des familles : c'est ce qui arriva à Rome dans les temps de dissolution. Quelquefois, et c'est l'effet qu'elle produit quand elle est admise par voie d'exception, dirigée par l'esprit de famille, contenue dans de justes bornes par une législation forte, elle est conservatrice de ce même patrimoine, et adoucit ce que les prescriptions légales peuvent avoir de trop dur. Les majorats, les successions, les legs en faveur de mariage, etc., conservent le patrimoine de la famille, loin de le dissiper. Or, la faculté testamentaire chez les Indiens n'avait aucun de ces deux caractères. Le premier : elle était trop restreinte et presque impuissante; le second : rien n'apprend qu'aucune de ces institutions conservatrices ait été connue chez ces peuples. Bien loin de servir à conserver le patrimoine, le testament aux Indes ne pouvait pas même s'appliquer au patrimoine; il ne pouvait frapper que les conquêts : la faculté de tester, dans cette législation, ne produisait aucune translation considérable de propriété. La même faculté ne pouvait avoir aucun effet conservateur.

Et, d'un autre côté, si l'on rapproche cette restriction de la faculté de tester de l'absolutisme du pouvoir pa-

rédité des femmes, tous les droits naturels sont intervertis par la préférence des sœurs non mariées aux propres fils, par la préférence de la famille du mari à une partie de la famille de la femme. Il faut donc reconnaître que ce n'est ni la perpétuité de la famille, ni la conservation du patrimoine, qui produisent toutes ces aberrations, puisque ces deux élémens y sont constamment sacrifiés.

Mais, au contraire, cohésion puissante de l'ensemble de la société domestique, de sa forme, de son enveloppe extérieure en quelque sorte. Ce principe se retrouve dans la grande faveur de la continuation de la communauté et de l'indivision, dans la conservation et l'obligation religieuse des sacrifices dont la communion est toujours limitée à trois personnes ; dans cette sorte de périodicité bizarre de la succession en collatérale, qui consiste à épuiser la famille religieuse formée par ces trois personnes pour remonter ensuite d'un degré, et retrouver dans une nouvelle unité religieuse l'image de la première famille qui fait défaut ; enfin, dans la privation presque absolue de la faculté de tester, et dans l'inaliénabilité du bien patrimonial.

194. Récapitulons donc en peu de mots :

Stabilité de la forme

1° Extrême faveur de la continuation de communauté. C'est un devoir religieux de laisser la fortune à la femme dans un état d'indivision provisoire, même après le décès de la mère ; priviléges accordés à ceux des enfans qui conviennent de demeurer dans la communauté provisoire sous l'administration du frère aîné ;

2° Interdiction presque absolue de la faculté de tester ;

3° Eternelle répétition en collatérale des communautés religieuses de personnes ; formes légales de la société domestique, qui se succèdent au défaut les unes des autres en remontant chaque fois d'un degré ;

aux dépens de la vitalité.

4° Préférence absolue de la masculinité avec partage égal ;

5° La force de transmission à la descendance rompue au troisième degré dans les mâles, et au second dans les femmes ;

6° Préférence d'une foule de collatéraux et du conjoint lui-même à la descendance directe au-delà du troisième degré ;

7° Préférence des sœurs non mariées aux propres fils dans l'hérédité de la femme ; préférence, dans cette même hérédité, de la famille du mari à une foule de cognats de la famille naturelle de la femme ;

8° Faiblesse de la représentation sacrifiée sans raison suffisante ;

9° Cessation absolue de toute succession au-delà du sixième degré dans la ligne directe descendante.

§ SECOND.

DE LA SUCCESSION CHINOISE.

SOMMAIRE.

195. *Absence de liberté dans les mariages; polygamie.*

196. *Comme dans l'Inde, l'unité domestique se concentre dans la personne du père.*

197. *L'adoption y est beaucoup plus en usage que dans l'Inde, mais le testament, quoique très répandu, n'y a pas le sens d'être subversif de la succession légitime.*

198. *Double caractère du droit de succession chinois; en quoi il diffère du droit indien.*

199. *Du droit d'aînesse; importance de la doctrine de la division de la famille.*

200. *Les Chinois ont rencontré et exprimé avec beaucoup de justesse le principe de la personnalité mêlé à l'idée de propriété absolue.*

201. *Le droit chinois est plus avancé, il entre mieux dans les rapports intérieurs de la famille que le droit indien; mais il s'arrête à l'expression.*

202. *Succession de la ligne directe descendante.*

203. *Le privilége du fils aîné n'empêche pas que le patrimoine ne se partage également entre tous les enfans.*

204. *Suite de la dévolution successorale; répétition et retour des mêmes formes, comme dans l'Inde.*

205. *Récapitulation.*

206. *Inefficacité des rapports substantiels de la famille saisis et exprimés par le droit chinois.*

195. De même que dans l'Inde, c'est la religion qui, de son large manteau, enveloppe et recouvre tous les rapports civils; ainsi, dans la Chine c'est l'idée de la famille, mais de la famille considérée économiquement et reposant sur la propriété.

Au lieu des nombreuses formes religieuses qui distinguent les différentes sortes de mariages indiens, le mariage chinois n'a qu'une seule forme, la coemption. Les ascendans et la famille ont seuls le pouvoir de traiter de l'acquisition d'une femme ou d'un époux pour le fils ou la fille. Le consentement des enfans n'est pas nécessaire: ils sont absolument forcés de se soumettre à la volonté de leurs ascendans.

La femme est achetée par le mari; l'idée de propriété est appliquée dans toute son étendue aux droits personnels: cet acte est irrévocable, parce qu'il n'est pas le résultat de la libre volonté des deux parties, mais un contrat de famille. Par rapport aux ascendans, le mariage d'un de leurs enfans n'est guère qu'une affaire d'économie domestique.

Le mariage est essentiellement une polygamie, caractère qui résulte nécessairement de l'achat comme seul mode de mariage. On se contente souvent de femmes du second rang pour éviter les frais d'un mariage solennel. Plusieurs villes, notamment Mantscheou, s'occupent de l'éducation et de la vente de ces femmes; et cette branche de commerce n'est pas, à ce que l'on assure, une des moins importantes.

Tout se résume donc dans le despotisme domestique le plus absolu, et l'idée de propriété est appliquée dans toute sa rigueur à la famille. Sacrifice de la personnalité de l'enfant dans le contrat de mariage soumis à la seule volonté des ascendans; sacrifice de la personnalité de la femme dans la polygamie.

196. La plus grande analogie existe entre la famille chinoise et la famille indienne. Dans l'un et l'autre droit, l'unité domestique se confond pareillement avec la personne du père. C'est donc toujours le despotisme familial; mais ce pouvoir, aux Indes, a un caractère religieux: à la Chine, il n'a que celui de la propriété, de l'intérêt matériel; c'est pourquoi il a tant de dureté dans ce dernier pays. Ainsi il arrive fréquemment que les veuves de second rang sont mariées sans autre motif que le désir de dédommager la famille d'une partie des dépenses qu'a occasionnées le premier mariage. Tout ce que la femme possède appartient au mari. Il est vrai qu'ordinairement elle ne possède rien, parce que ce n'est point à elle, mais à ses descendans qu'appartiennent les dons qui précèdent le mariage. Les enfans ne sont pas comptés comme des personnes indépendantes tant que le père vit : tout se réduit pour eux à une crainte respectueuse de leurs aïeux. Le père a le droit de vendre son fils et sa fille; il est, en général, seul responsable des fautes qui sont commises dans sa famille.

Ce dernier trait révèle le caractère de la puissance paternelle à la Chine. Il n'est qu'un droit de propriété. Le fils est vendu comme la chose du père; celui-ci est responsable des fautes commises par son fils, ainsi que du dommage causé par sa chose propre.

197. L'adoption est chez les Chinois beaucoup plus

en usage que chez les Indiens. L'adoption et le testament sont deux institutions parallèles, et qui ont la plus grande analogie ; elles reposent l'une et l'autre sur l'intensité de l'idée de propriété transportée dans la famille : c'est une haute puissance de la personnalité. Aussi voyons-nous qu'à la Chine, où domine l'idée de la famille et de la propriété, ces deux institutions, quoiqu'en usage, sont cependant plutôt nominales que réelles, c'est à-dire qu'elles vivent plutôt dans la forme que par leurs effets, et qu'elles n'ont point ou peu d'efficacité contre la substantialité naturelle de la famille. Ainsi, celui qui n'a pas d'enfans est autorisé à acheter les enfans d'autres descendans que les siens, et à les prendre pour fils ; mais cette faculté de l'adoptant est limitée aux enfans de ses parens, qui portent le même nom de famille que l'adoptant. Ce n'est qu'au cas où il n'a pas encore atteint l'âge de trois ans, que l'adoption de l'enfant qui ne porte pas le même nom de famille est permise. De même aussi il règne à la Chine un usage qui se retrouve dans beaucoup d'autres parties de l'Orient : le père, en mourant, règle ses affaires, et laisse à ses descendans ses dernières volontés. Mais on ne peut voir dans cette dernière volonté une disposition contraire à l'ordre de succéder légitime, sans se faire de cette institution une idée complètement fausse. Le père de famille ne fait autre chose par-là qu'élever les règles établies à la qualité de dispositions résultant de sa volonté propre. C'est plutôt une approbation formelle de l'ordre établi par la loi, que la pensée de la renverser, qui compose le testament chinois. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les premiers mots du titre de l'hérédité ; ils sont ainsi conçus : Celui qui désigne son héritier, même parmi ses enfans, d'une manière con-

traire à la loi, doit être puni de quatre-vingts coups de bambou. Le texte ajoute que si, à défaut d'enfans, le parent appelé à l'hérédité par l'acte de dernière volonté n'est pas le plus proche, cela doit être considéré comme une transgression de la loi successorale, et réprimé comme au cas précédent. En outre, quand l'héritier institué d'une manière contraire à la loi veut prendre possession de l'hérédité en vertu du testament, il doit être renvoyé sans autre formalité, et les héritiers légitimes, c'est-à-dire *ab intestat*, viennent à sa place.

198. Le droit de succession paraît avoir à la Chine le double caractère de la fixité de la forme et du sacrifice des droits de la personnalité. Néanmoins, la fixité s'y montre plus substantielle encore et plus dure que dans l'Inde ; et, d'un autre côté, la personnalité semble dans beaucoup de cas avoir rencontré son expression, sans avoir assez de force néanmoins pour produire des résultats réels et efficaces.

Dans l'Inde, des honneurs presque divins sont rendus après leur mort aux ascendans par leurs héritiers, qui sont avec eux dans une communion de sacrifices. A la Chine, cette vénération se manifeste encore à un plus haut degré. Seulement le dernier devoir à rendre aux morts s'y montre, comme tout le reste, d'une nature plus civile. Dans l'Inde, il s'exprime dans l'intimité du sacrifice religieux ; à la Chine, il prend un manteau plus extérieur et devient le deuil. On sait combien le deuil y est rigoureux.

199. Dans l'Inde, il n'existe point de droit d'aînesse ou ce droit se borne au modique avantage d'un vingtième que peut attribuer le père à son premier-né. L'âge physique, au contraire, doit être considéré comme un mo-

ment fondamental dans la doctrine de la parenté chinoise. Le fils aîné représente le père décédé, et entre complètement à sa place. Les plus jeunes membres de la famille, tant qu'elle reste indivise, n'ont avec lui d'autres rapports que ceux qu'ils avaient avec leur père. Cette différence de l'âge s'étend même à la pénalité. Le parricide, à la Chine, est regardé comme le plus affreux de tous les crimes, mais l'assassinat du fils ou du petit-fils n'est plus un parricide ; et le meurtrier n'est puni qu'autant qu'il aurait dénoncé comme coupable un innocent.

En ce qui concerne l'hérédité *ab intestat*, la doctrine de la division de la famille est particulièrement essentielle, parce que ce n'est que dans la division des branches dans chaque famille qu'il peut être question d'hérédité. L'hérédité, dans l'indivisibilité absolue de la famille, prend le caractère fixe et inanimé d'une immobilité de position, et dès lors est dépourvue de dispositions nombreuses et diverses. Selon les idées chinoises, un des faits les plus méritoires est la continuation de communauté entre plusieurs branches d'une famille sous un aïeul commun. Mais ils reconnaissent en même temps qu'à cause des scissions funestes auxquelles pourrait donner lieu la contrariété des caractères et des opinions, une indivision aussi long-temps prolongée est à peu près impraticable.

200. La nécessité sentie de la division de la famille, combinée avec le principe de la propriété absolue, conduisait directement à l'individualisme ; mais la puissance du principe substantiel, dans la civilisation asiatique, l'infini, l'immuable, dévorent tout le reste ; et leur force prédominante ne permet pas à la personnalité, lors même

qu'elle s'exprime, de réaliser ses effets. Néanmoins les Chinois ont rencontré avec une justesse frappante l'expression de la personnalité mêlée à l'idée de propriété absolue, et se faisant jour au milieu de l'unité serrée et raide de la société domestique. Nous en avons déjà vu un exemple dans la faculté testamentaire. La division de l'hérédité entre les branches de la famille et la reconnaissance des pécules en sont encore des preuves manifestes.

Il est conseillé aux pères de laisser à leurs enfans parvenus à un âge convenable une sorte de *peculium profectitium*, pour les exercer aux affaires et les mettre en état de se créer une existence propre. Mais si la division des branches de la famille est autorisée, en tant que le permet l'ascendant ou le père, la séparation des individus est punie par des peines sévères. Les fils et les petits-fils qui essaient de se créer ainsi une économie personnelle, doivent, si le père les appelle pour cette cause en justice, être punis de cent coups de bambou. Toute tentative de former une économie séparée pendant la durée du deuil légal est également punie. Enfin il est interdit à tout membre inférieur ou subordonné de la famille, qui vit en commun avec les autres sous le même toit, d'appliquer à son usage privé sans permission quelque objet que ce soit de la famille, et d'en disposer en aucune manière.

201. La législation chinoise est plus avancée que celle de l'Inde. Elle a aussi un autre caractère, encore bien que, principalement en ce qui concerne cette force de fixité naturelle aux sociétés de l'Orient, il y ait une grande analogie entre le droit héréditaire des deux peuples. Le pouvoir domestique est religieux dans l'Inde, il est propriétaire à la Chine; c'est l'esprit de propriété

qui y domine. Il semble, en outre, que dans l'Inde la fixité réside et s'exprime principalement dans la forme, dans l'enveloppe extérieure de l'unité domestique; à la Chine, cette stabilité se montre plus substantielle, par conséquent plus rigoureuse, mais aussi plus conservatrice; dans l'Inde, on n'aperçoit pas l'ombre de la personnalité; il n'en existe aucune trace. A la Chine, la personnalité se produit; elle se combine avec le principe de la propriété absolue, et s'exprime dans plusieurs institutions qui lui sont propres, comme les pécules, l'adoption et le testament. Ajoutez qu'à la Chine la conservation, quoique plus substantielle que dans l'Inde et assez complètement exprimée, est néanmoins tronquée dans ses résultats, et qu'elle manque de vitalité : en sorte que cette loi, qui exprime la conservation, semble n'établir en définitive que l'immobilité provisoire. En résumé le droit indien, tout religieux, s'arrête à l'écorce, à l'enveloppe extérieure de la famille, à sa forme; le droit de la Chine pénètre dans la substance et exprime les rapports intérieurs, mais il semble s'arrêter à l'expression; ses résultats définitifs n'ont pas l'avenir.

202. Nous avons vu que le droit chinois a rencontré la forme la plus élevée de la conservation du patrimoine, le droit d'aînesse : ce droit subsiste non seulement alors que la famille continue de vivre dans l'indivision, mais aussi quand elle se sépare en différentes branches; car quoique le fils aîné doive, au cas de partage, donner à ses sœurs autant qu'il a reçu lui-même, et que même il n'existe aucun prélèvement en sa faveur, comme dans le droit indien, cependant le fils aîné de la principale femme est seul héritier et représentant du père; et les autres enfans, quoiqu'ils aient la même portion dans le

patrimoine, n'en sont pas moins considérés comme des légataires qui réclament leur part d'héritage du fils aîné. Ce droit d'aînesse a principalement lieu par la transmission de la dignité personnelle aux descendans. La dignité du père ne passe pas à tous les enfans par égales portions, comme cela a lieu pour le patrimoine; mais l'aîné, et à son défaut ses descendans, sont seuls capables de l'occuper. Ce n'est qu'au cas où la première femme a atteint sa cinquantième année sans avoir eu d'enfans, qu'il est permis de désigner comme héritier et représentant le fils aîné des autres femmes. Si le fils aîné de la principale femme est décédé, le second fils de cette femme hérite de la dignité du père, puis les fils des autres femmes, selon leur âge. Cependant les descendans d'un fils capable de succéder, représentant leur père, excluent toujours le second fils. S'il n'y a pas d'héritiers mâles, c'est la veuve du dernier possesseur de la dignité qui jouit jusqu'à sa mort des avantages qui y sont attachés.

L'héritier, le seul héritier légitime est donc le fils aîné. La transmission du patrimoine à un seul, c'est la plus haute puissance du principe de conservation. Mais le droit chinois, qui a atteint une si haute expression de conservation, n'a pas donné de réalité à ses résultats : sa destinée semble être de rencontrer l'expression des rapports substantiels de la famille, en tant qu'elle se perpétue, sans avoir la force de faire passer dans le résultat obtenu un principe vivant et actif. C'est un rapport substantiel qui s'arrête à l'état d'expression, sans pouvoir s'élever à la puissance d'une institution agissante et efficace. Le privilége du fils aîné et son droit à la dignité héréditaire n'empêchent pas que le patrimoine ne se par-

tage entre tous les enfans, sans égard à leur âge, et la mère de laquelle ils sont nés. Les filles ni les veuves ne reçoivent, à proprement parler, aucune part héréditaire, mais les frères, les fils ou les fils de leurs maris, doivent les nourrir et les marier : cette charge n'en est point une à la Chine où l'on ne connaît point de dots, mais c'est plutôt un avantage.

203. L'hérédité chinoise est réglée de la manière suivante : en premier lieu viennent les fils, et tous sont admis, sans distinction, par parties égales. On ne trouve pas dans le droit chinois les différentes sortes de fils que connaît la législation indienne : le fils naturel n'exclut pas le fils adoptif; tout fils mort est représenté par ses descendans mâles qui sont en général successibles, c'est-à-dire qu'ils entrent à tous égards dans la place du défunt. S'il n'existe pas de petits-fils au quatrième degré, la succession passe au père, puis à ses descendans, c'est-à-dire aux frères, neveux, petits-neveux jusqu'au quatrième degré; puis encore au grand-père et à sa descendance, et pareillement à l'aïeul ou bisaïeul et à ses descendans. Les filles et les femmes ne reçoivent jamais de part héréditaire proprement dite.

Ici le droit indien et le droit chinois ont un caractère commun extrêmement remarquable ; le retour périodique de l'hérédité à l'ascendant supérieur, après qu'elle a parcouru les quatre degrés auxquels s'étend la force de la descendance. Est-ce de la conservation ? Dans l'ancien droit français, on connaissait les divisions par lignes et estocs, lesquelles avaient pour objet de retenir le patrimoine ou de le rappeler dans la descendance des personnes dont il provenait. On connaissait les substitutions, les retraits, l'aînesse et une foule d'autres droits

qui blessaient la personnalité, mais qui certainement renfermaient une force immense de conservation. Aux Indes ou à la Chine, rien de semblable : l'hérédité parcourt les quatre degrés dans lesquels existe la communauté des sacrifices; puis elle s'arrête pour remonter à l'ascendant supérieur, d'où elle parcourt encore quatre degrés; et par cette constante répétition la loi semble, au défaut de la famille la plus proche, poursuivre son image aussi long-temps qu'à une plus ou moins grande distance celle-ci s'offre à ses regards avec un affaiblissement graduel, semblable à un objet placé entre deux miroirs parallèles dont l'image se répète à l'infini dans chacun d'eux.

204. Dans cette création d'une famille fictive en remplacement de la première qui fait défaut, et dans l'empressement avec lequel la loi saisit toujours cette image pour en faire uniformément l'objet de ses faveurs, il est difficile d'apercevoir aucune raison profonde. Cette disposition paraît résulter de l'état de la société dans ces pays, et de l'étonnante fixité qui l'enchaîne. Il faut une famille compassée, si on l'ose dire, dans des rapports invariables. A son défaut, on poursuit son image en laissant toujours subsister les mêmes rapports.

Récapitulons en peu de mots les principaux traits de cette législation successorale : on y trouve en premier lieu l'idée de propriété absolue, le despotisme le plus dur, la prédominance d'un intérêt d'économie domestique.

Achat de la femme par le mari. La volonté des conjoints comptée pour rien dans le mariage. Polygamie. Droit du père de vendre ses enfans. Impunité des crimes commis par les parens plus âgés sur la personne de ceux

qui sont plus jeunes. Coutume, dans la famille du mari, de se dédommager des frais de noces par la revente de la femme. Changement du sacrifice religieux indien en un deuil rigoureux. La sanction de tous les droits se résume en un nombre plus ou moins considérable de coups de bambou.

La législation chinoise ne s'arrête pas aussi exclusivement que la loi de l'Inde, à la conservation de l'enveloppe extérieure de l'unité domestique : elle exprime ses rapports intimes et substantiels; mais cette expression est une lettre morte, et ses résultats sont stériles. Manifestation assez élevée de personnalité et de conservation, mais tronquées dans leurs effets et frappées d'inefficacité.

305. 1° (Conservation.) Aînesse. Le fils le plus âgé seul administrateur, seul héritier légitime, seul héritier de la dignité du père, et cette transmission se faisant même aux descendans de l'aîné de préférence à ses frères; mais les autres fils, sous le titre de légataires, partagent également avec lui. Indivision absolue très favorable, et l'acte le plus méritoire; mais, eu égard à la difficulté de conserver l'union, la division des branches encore plus méritoires.

2° (Personnalité). *Faculté testamentaire*, mais nécessité d'instituer ses plus proches héritiers dans l'ordre établi par la loi. Ce n'est qu'au-delà du quatrième degré que le testament peut produire quelque effet. — *Adoption*, très puissante et irrévocable, mais nécessité d'adopter une personne qui porte le même nom, sauf le cas où l'enfant aurait moins de trois ans; et, même en ce cas, possibilité de la résolution de l'adoption s'il survient un enfant. — *Pécule*, non seulement permis,

mais conseillé par la loi. Le fils ou le petit-fils qui essaient, pendant le deuil et sans l'agrément du père, de se créer une économie propre, sont punis de cent coups de bambou.

Du reste, mêmes lésions de vitalité que dans l'Inde par le bris de la descendance au quatrième degré, par la préférence absolue des mâles, par l'admission du conjoint de sa famille de préférence à un grand nombre de parens naturels de la personne décédée; par la retour périodique des quatre degrés, sans égard à la proximité du sang.

§. TROISIÈME.

DE LA SUCCESSION MOSAÏCO-TALMUDIQUE.

SOMMAIRE.

206. *Supériorité du droit mosaïco-talmudique sur ceux que nous venons de parcourir.*

207. *Du lévirat.*

208. *Du mariage talmudique. Dot et dotation* propter nuptias.

209. *Disposition successorale de la loi mosaïque.*

210. *Toute l'hérédité talmudique se déduit par voie de conséquence de cette disposition mosaïque.*

211. *Suite et preuves. Citation de M. Gans.*

212. *Alimens réservés aux filles.*

213. *Le développement successoral talmudique.*

la personnalité sont plus développés que dans aucune législation de l'Orient.

107. Le droit mosaïque n'a pas d'autre espèce de pouvoir paternel que celui qui se forme par le mariage. Le lévirat, seule manière dont on pouvait sans procréation acquérir un fils et un hériti[illegible], exclut directement la possibilité du pouvoir paternel. On ne rencontre nulle part d'adoption.

L'adoption, ainsi que le testament, n'est que l'idée très absolue de la propriété appliquée à la famille : c'est la puissance accordée à l'individu de se procréer des enfans d'une manière fictive par la seule force de sa volonté. Ces institutions ne devaient pas exister dans un droit qui exprime si parfaitement les rapports naturels de la famille, et l'institution du lévirat a une autre pensée, et semble être le contre-pied de l'institution testamentaire et de l'adoption. Ces deux dernières institutions supposent ou produisent la puissance paternelle dans toute son étendue; c'est une très haute puissance de l'individualisme : au contraire, le lévirat ne produit pas la puissance paternelle, il en exclut même la possibilité; l'adoption et le testament créent des droits fictifs aux dépens de la famille naturelle : le lévirat fait revivre cette même famille. Le lévirat est un puissant moyen de vitalité, l'institution testamentaire et l'adoption ne sont que des déceptions sous ce rapport : elles reposent sur une fiction, et sont l'apanage ordinaire de la décrépitude des mœurs. La volonté de l'homme peut conserver, mais elle ne crée point. Qu'elle ose, sans appeler la nature à son aide, s'arroger une si haute mission, elle détruit au lieu de produire. Le droit mosaïque fonda l'admirable

institution du lévirat; il repoussa le testament et l'adoption.

208. Oriental dans son moment polygamique, le mariage talmudique fut européen par la doctrine de la dot et de la donation *propter nuptias*; il dut à son contact avec l'Asie mineure et la Grèce, et à ses rapports avec Rome, la nécessité de la dot pour être légitime. Quelque bizarre qu'il puisse paraître, en effet, que la donation entre vifs et la dot soient tellement de l'essence du mariage, que sans elles il prenne le caractère du concubinage, cette conséquence est néanmoins rationnelle et conforme au principe qui fait regarder le mariage comme une translation de propriété. S'il n'y a point de prix de vente, il n'y a point de translation de propriété, et il ne reste que la volonté des conjoints, provisoire et absolument incertaine pour l'avenir, de demeurer dans la vie commune. La propriété de la femme n'est assurée que par sa vente, et le paiement du prix, et d'un prix réel, peut seul faire naître cette vertu acquisitive qui assure la propriété d'une manière inébranlable, et qui par suite donne au mariage la perpétuité, sans laquelle il n'est qu'un concubinage.

209. Le droit d'hérédité mosaïque est exposé dans un seul endroit du Pentateuque : quand un homme meurt, son fils hérite, et, à son défaut, sa fille; au défaut de celui-ci, les frères héritent, et, s'il n'y en a point, les frères du père. Les documens mosaïques ne contiennent pas de disposition plus précise. La succession des filles, à défaut de fils, n'est point une ancienne coutume; elle a sa source dans la réclamation si connue des filles de Zelophchods. Cette loi fut suivie d'une autre : le mariage de la fille héritière dans un autre cas eût rendu les

biens paternels étrangers à la sienne; pour prévenir cet inconvénient, le père ne doit la marier que dans sa race. Il faut noter aussi l'abrogation de cette coutume anté-mosaïque, par laquelle le père pouvait transmettre le droit d'aînesse au fils de la femme préférée. Le droit mosaïque ne connut pas la faculté testamentaire, mais un simple partage entre enfans, qui n'avait rien d'hostile à la famille.

210. « Après le droit d'hérédité romain, qui tient le premier rang sous ce rapport, dit M. Gans, il n'y a aucun droit dans l'histoire du monde où se montre aussi puissamment l'intelligence humaine divisant, distinguant, approfondissant; où une subtile casuistique mette plus au grand jour toutes ses finesses, que dans le droit d'hérédité talmudique. »

Moïse, dans sa loi héréditaire, n'avait fixé que deux règles : la préférence des fils sur les filles, la préférence des propres frères sur les frères du père.

Il faut quelque attention pour apercevoir que ces deux règles contiennent en son germe toute l'hérédité talmudique, et que les docteurs talmudistes n'ont fait que répéter à l'infini et reproduire à tous les degrés, et dans toutes les lignes, les rapports qu'elles expriment.

En premier lieu, la préférence des fils sur les filles comprend : 1° préférence de la descendance directe; 2° préférence des enfans des fils sur les filles, par voie de représention; 3° (et ceci est tout d'interprétation) représentation à l'infini; 4° remonter par les mâles, et suivre toujours de préférence la ligne masculine.

En second lieu, la préférence des propres frères sur les frères du père contient implicitement la règle qui fait remonter d'un degré seulement le patrimoine quand une

ligne est épuisée, pour épuiser de nouveau de la même manière la nouvelle ligne dans laquelle on entre.

Or, le petit nombre de règles que l'on vient d'énoncer comprennent en substance tout le droit héréditaire talmudique : il est donc exact de dire que le droit mosaïque contient celui-ci dans son germe, que le talmud n'a fait autre chose que suivre dans toutes leurs conséquences, et appliquer à tous les degrés et à toutes les lignes les principes successoraux posés par la loi de Moïse. Le droit d'hérédité mosaïque est la loi de succession naturelle de la famille. L'interprétation talmudique n'est que le développement rationnel de ses conséquences : il unit la plus grande force de conservation à la plus grande force de vitalité.

211. Tous ou presque tous les peuples ont admis les principes de l'hérédité mosaïque entre les parens les plus proches. Aucun n'a admis dans toute son étendue l'interprétation talmudique. Chez tous, quelqu'un des élémens mosaïques ou naturels a été tronqué, ou s'exprime d'une manière incomplète. Dans quel sens et jusqu'à quel point s'est opérée cette altération ? Quelque principe politique ou religieux, un fait historique, un simple sentiment d'équité y ont-ils donné lieu ? L'examen de ces questions peut servir à mieux faire connaître la marche et le caractère propre de chaque loi successorale.

« En ce qui concerne l'hérédité ultérieure, ajoute M. Gans après avoir exposé les deux prescriptions élémentaires de la loi de Moïse, il n'avait donné que la succession vide et abstraite de la plus grande proximité sans déterminer cette proximité d'une manière concrète. Il n'était pas dit si le droit de représentation d'une personne décédée, par sa descendance, était admis. L'é-

nonoé littéral « s'il n'y a pas de fils l'hérédité doit pas-
» ser à la fille, et s'il n'y a pas de fille aux frères » semble
au contraire exclure une pareille représentation. On ne
voit pas précisément dans le droit mosaïque ni comment
l'hérédité saute du frère au frère du père puisqu'il ne
parlait pas du père, ni comment doivent être traitées la
sœur ou la mère, ni, si sous l'expression générale indé-
terminée frères on entend les utérins ou les consanguins
seulement.

Sans doute on doit reconnaître avec l'auteur que le
droit mosaïque n'exprimait pas les conséquences admi-
ses par le talmud, mais il nous semble évident qu'il les
contenait toutes en leur germe et que ce dernier droit
n'a fait que les développer. Plus on y réfléchit, plus on
demeure convaincu de l'exactitude de cette assertion.
Le saut du frère au frère du père n'était-il pas suppléé
par le principe de l'hérédité par lignes contenu impli-
citement dans la préférence exclusive de la descendance,
et le passage du fils à la fille n'était-il pas reculé (ce qui
faisait naître la préférence de la ligne masculine) par
cette même préférence, produisant toujours représenta-
tion à l'infini? Contestera-t'on que la représentation à
l'infini est la conséquence extrême de la force du prin-
cipe de transmission à la descendance ou que la préfé-
rence de la descendance soit posée dans le droit mosaïque?

C'est au reste ce qu'exprime plus loin M. Gans lui-
même, dans un passage où il s'efforce de faire sentir
jusqu'à quel point l'hérédité talmudique est concordante
avec son origine mosaïque : « la simple prescription
mosaïque que l'hérédité passe au fils, puis à la fille,
puis au frère, puis au frère du père, enfin aux parens
les plus proches a été développée dans le talmud en un

système aussi symétrique que simple, et de telle sorte que chaque principe mosaïque conserve avec l'autre sa liaison naturelle. Le fils exclut la fille d'une manière absolue; mais le fils est regardé comme subsistant dans toute sa descendance et y conservant par suite sa force d'exclusion. Après la fille vient le frère, mais ce n'est point par un *tressaut*, c'est au contraire, par l'intermédiaire du père du défunt. Les idées de représentation et de succession par lignes sont donc une seule et même idée qui, sur les pierres fondamentales non déplacées du droit d'hérédité mosaïque produit un édifice que l'on pourrait difficilement se créer en d'autres conséquences. »

212. Il est naturel que dans un droit où les filles sont exclues de l'hérédité par les fils, on ait songé au mode de pourvoir à leur entretien. Le talmud, à cet effet, a imposé aux fils l'obligation de fournir des alimens à leur sœur. C'est une dette qui se prélève sur la part revenant aux frères, en telle sorte que ceux-ci n'héritent qu'autant que la fortune est suffisante pour l'entretien des sœurs. Si la fortune est considérable, dit la Mischna, les fils héritent et les filles sont alimentées, si elle est modique les filles sont alimentées et les fils peuvent aller mendier leur pain aux portes, expression dure qui ne signifie autre chose si ce n'est qu'en tout cas les alimens dus aux sœurs passent avant l'hérédité des frères. Le montant de ces alimens, quand la fortune est suffisante, est évalué au treizième d'icelle, conciliation profondément sage des deux principes contraires qui se trouvent en présence. Notre ancienne coutume de Bretagne avait des prescriptions très-analogues.

213. Le développement talmudique du droit d'héré-

dité mosaïque est donc une succession linéale et graduelle. Elle repose sur les principes suivans.

» 1°. L'hérédité est une suite de lignes, de sorte que la ligne directe du défunt vient en premier lieu, c'est-à-dire sa descendance, et, à son défaut seulement, la ligne la plus proche, celle du père du défunt, à savoir: celui-ci ou les frères, les enfans des frères du défunt. Puis la ligne du grand-père paternel par conséquent celui-ci, les frères du père, les enfans des sœurs, etc. L'hérédité remonte ainsi à l'infini pour redescendre à l'infini dans chaque ligne.

» 2°. Le droit talmudique est de tous les droits orientaux celui où l'idée de représentation a été complètement exprimée pour la première fois ainsi que cette autre idée que la descendance est toujours censée s'étendre à l'infini. Nous avons vu que dans l'Inde et à la Chine la descendance était brisée et se montrait impuissante au milieu de sa course. Que cette idée ait été produite par l'influence du droit romain ou qu'elle se soit engendrée par la spontanéité de son propre développement juridique, c'est une question difficile à résoudre.

» 3°. Le principe général que l'héritier mâle exclut les femmes doit s'entendre de la manière suivante: le mari exclut toujours la femme qui n'ayant pas de frères n'a acquis son droit que par représentation de son mari. Le fils du défunt exclut donc la fille d'icelui, le frère du défunt la sœur d'icelui. Tous les descendans du fils du défunt, même du sexe féminin sont, à l'aide de la représentation, préférés à la fille du défunt. La fille de la fille du fils du défunt exclut sa propre fille parce que cette arrière petite-fille représente le fils qui aurait enlevé l'hérédité à sa sœur, doctrine contraire au droit

romain, qui considère bien comme agnate la consanguine, non la fille d'icelle. Mais la fille qui, n'ayant pas de frère, a acquis son droit comme représentant un héritier mâle, que cette représentation s'opère par l'intermédiaire d'une femme avec ou sans frères, n'est point exclue par les mâles; elle exclut au contraire les représentans mâles d'une femme. Le petit-fils d'un fils exclut donc sa sœur la petite-fille du même fils seulement, mais non la petite fille d'un autre fils qui n'a pas de frère. Si la femme est déboutée par son frère dans l'ordre des degrés, elle le précède dans l'ordre des lignes. Ainsi la fille du défunt exclut le père d'icelui.

4°. L'hérédité se divisant *in stirpes*, on conçoit que le plus proche exclut toujours le plus éloigné, ainsi le père exclut son fils, mais non le parent plus éloigné d'une autre souche. Le fils du défunt n'exclut pas le petit-fils d'un autre fils.

5°. Tout ce qu'on vient de dire n'est applicable qu'à la parenté par le père. La simple cognation, c'est-à-dire la parenté du côté de la mère ne donne aucun droit à l'hérédité. Les enfans héritent de leur mère, mais la mère n'hérite point de ses enfans, elle est exclue par les parens collatéraux les plus éloignés du côté du père.»

On peut être frappé de la dureté de cette dernière disposition qui préfère à la mère propre du défunt des parens collatéraux très-éloignés du côté du père et de son apposition avec les législations indienne et chinoise où il arrive souvent, comme nous l'avons vu, que la force de la parenté naturelle se brise pour admettre le conjoint, la conjointe et leurs familles respectives.

Elle paraît néanmoins fondée sur la rigueur des déductions logiques; car si la vitalité exige l'admission

des femmes en ligne descendante et collatérale, le principe de conservation de la famille veut impérieusement que les mâles soient préférés. La vitalité n'exige point l'admission en qualité d'héritière de l'épouse du défunt frappée désormais d'impuissance pour perpétuer la famille et le principe de conservation l'exclut et admet à son préjudice les parens par mâles les plus éloignés.

214. Le droit mosaïco-talmudique est le seul de tous les droits orientaux qui développe efficacement l'idée de la personnalité et les rapports naturels de la famille, il nous paraît être la conciliation la plus parfaite des deux principes successoraux de vitalité et de conservation de la famille tout en conservant à chacun d'eux la plus haute expression dont il soit susceptible.

Le droit mosaïco-talmudique ne connut point le testament proprement dit.

§ QUATRIÈME.

DE LA SUCCESSION ATTIQUE.

SOMMAIRE.

215. *Les sociétés asiatiques ne sont qu'un développement de l'état de famille. Il en est autrement des peuples de l'Europe qui furent émigrans à l'origine. De là l'esprit tout différent de leur législation.*

216. *La division par tribus ou cantons se retrouve en Grèce comme chez tous les peuples naissans. Elle se conserva jusques dans ses beaux jours.*

217. *Il suffit néanmoins pour se faire une idée du droit grec de connaître la législation du peuple d'Athènes.*

218. *Nous avons indiqué au chapitre précédent les principaux traits de l'hérédité attique. Renvoi et résumé.*

219. *Ce que fut le mariage athénien.*

220. *Origine de la dot et de l'*antipherne.

221. *Le mariage était permis avec un frère. Des filles épiclères.*

222. *Droits et passivité des filles héréditaires. Ce moment mérite d'être observé.*

223. *Vocation successorale.*

224. *De l'agnation attique.*

225. *Droit de représentation.*

226. *Résumé des idées les plus saillantes que présente l'exposé du droit successoral attique.*

227. *Ce que fut l'esclavage à Athènes.*

228. *Fonds oriental de la famille attique. Droit de représentation. Axiôme fondamental de cette loi héréditaire.*

229. *Vocation des divers ordres successoraux.*

230 *La forme de la transmission héréditaire a beaucoup conservé de l'origine asiatique, mais le fond et le réel sont européens.*

231. *Développement et explication.*

215. **Dans l'Asie les sociétés naissent immédiatement de la famille. Les gouvernemens furent modérés dans l'origine et ne parvinrent que par degrés au despotisme absolu. L'autorité paternelle leur servit de base et de type.**

Il devait en être ainsi. L'Asie est le berceau du genre humain. De grandes familles s'y formèrent, s'y étendi-

rent et y subsistèrent sous le régime patriarcal, le plus propre de tous à produire la fixité dans les lois et dans les mœurs.

L'Europe, au contraire, a été envahie. Des hordes nomades, les Scythes ou les Celtes ont formé par leurs migrations tous les peuples qui l'occupent. Le partage des terres conquises, les habitudes remuantes de nations que l'agriculture n'avait point fixées, leur caractère guerrier et indépendant font naître dès le principe dans sa constitution civile et politique un esprit et un caractère tout différens.

C'est en Asie que la société n'est véritablement que le développement de l'état de famille. Mais en Europe un fait violent vient intervertir cette marche naturelle. Quelque chose de brusque et de heurté se fait sentir dans les institutions publiques dès leur origine, et la famille n'y retrouve ses lois de conservation, qu'après que le séjour dans le pays envahi a commencé de civiliser les peuples et que la nécessité est venue les rappeler aux lois immuables de l'ordre.

216. Les peuples voisins de l'état sauvage sont ordinairement divisés en tribus. Ces tribus ou peuplades qu'aucun lien commun n'unit, sont dans un état de guerre habituel. Rien de plus fréquent dans l'Ecriture, que ces guerres perpétuelles entre les tribus, l'esprit de famille ne s'étendait pas au de-là de celle dans laquelle on était né. La division par tribus fut aussi l'état social des Celtes.. Ils se déchiraient dans des guerres interminables, et la paix y était presqu'inconnue. De nos jours encore les Indiens et les Sauvages de l'Amérique sont divisés en nombreuses tribus, dont chacune a ses

usages propres, et qui, bien loin de faire un corps de nation, ne se rencontrent que pour se combattre.

La Grèce subit cette loi commune à tous les peuples naissans. Elle sembla, même dans ses beaux jours, avec ses cantons indépendans, avoir conservé l'aspect d'une nation sauvage. Ses cités n'avaient presqu'aucun lien commun : elles étaient le plus souvent en guerre les unes avec les autres. Et si certaines fêtes ou réunions religieuses telles que les amphyctions et les alliances formées à diverses époques pour la défense commune, suffirent pour en faire un peuple policé l'esprit de rivalité et d'indépendance ne leur permit jamais de s'unir en une masse compacte, et de former une grande nation.

217. Il n'est pas indispensable néanmoins, pour se faire une idée de la forme qu'y a pris le droit de succéder, de connaître les variétés législatives qu'elle a pu recevoir dans chacun des cantons. Cette recherche est d'ailleurs rendue impossible par le défaut de documens historiques. « S'il est de la nature du monde grec, dit M. Gans, de trouver son développement dans une foule de petits états juxtà-posés, il est nécessaire que cette masse incohérente ait une sommité qui contienne comme individu le saillant et le distinctif de l'esprit grec, et représente dans son individualité, le grécisme vivant. Cet individu grec qui se produit dans l'histoire comme le représentant de toute la Grèce est le peuple d'Athènes.»

Il suffit donc, pour se faire une idée du droit grec, d'étudier les institutions du peuple d'Athènes.

218. Déjà, dans un précédent chapitre, nous avons essayé de faire connaître le caractère de l'hérédité dans le droit attique. Nous y avons surtout observé l'institu-

tion naissante du testament et nous l'avons réduite aux notions suivantes :

1. L'héritier représente pleinement la personne du défunt, il occupe sa position sociale et continue son existence civile.

2. Régulièrement la transmission héréditaire suit les droits du sang, réglés à la vérité d'une manière imparfaite, mais qui néanmoins ne s'écarte pas essentiellement de la nature.

3. Ce n'est qu'à défaut de descendance naturelle que la faculté testamentaire est admise. Elle est une véritable adoption ou la création d'une famille nouvelle par la volonté du disposant, en remplacement de celle que lui a refusée la nature. La création et la conservation de cette nouvelle famille sont la condition de la validité du testament. Le testament est une institution essentiellement subsidiaire.

4. L'héritier institué remplace le défunt aussi complètement que l'héritier du sang. Il occupe sa position sociale et est introduit dans les grandes classifications de famille.

Il nous reste à montrer comment le droit de famille attique s'est implanté sur le droit oriental, et de quelle manière la vie et la personnalité grecques se sont unies aux traces conservées de la substantialité asiatique.

219. La source la plus vive qui nous soit restée du droit attique, les orateurs, est un mélange du droit privé et du droit public, où ce dernier droit se produit presque toujours exclusivement. Le droit privé ne s'y est pas encore séparé de la politique.

Cette union immédiate du droit public et privé se montre dans le mariage. Ce mariage seul est athénien

qui est contracté entre un Athénien et une Athénienne. La loi défend à tout étranger le mariage avec une citoyenne, de même que celui d'une étrangère avec un citoyen réciproquement. La polygamie ne pouvait pas subsister avec l'idée de citoyenne libre. Chez un peuple où l'état était l'idée dominante, elle devait se transformer en pure monogamie. Déjà en Egypte, qui doit être considérée comme le pays dans lequel s'est fait sourdement le travail du passage de la confusion et de la substantialité orientales à la liberté de l'esprit grec, le principe monogamique avait jeté de profondes racines. Cependant des traces de polygamie se conservèrent, soit dans la cession des femmes et l'usage que firent plusieurs personnages de deux femmes à la fois, soit dans l'admission légale des concubines qui ne se distinguaient des épouses régulières, que par l'absence de dot, des droits de parenté et d'hérédité de leurs enfans.

« La personnalité en se produisant dans le mariage attique, dit M. Gans, fait naître la diversité d'intérêts des époux, le mariage cesse d'être l'achat de la femme, celle-ci acquiert par la dot une existence personnelle qui représente la considération qui lui est due. Le contrat de mariage contient l'expression de ces intérêts divers en même temps que des stipulations et des garanties pour en assurer la stabilité et les droits. Il y a bien personnalité et association de deux intérêts différens, mais il n'y a pas encore fusion ou plutôt union de ces deux intérêts. Il manque un élément à cette juxtà-position de deux fortunes et de deux existences, le sentiment moral de l'amour s'exprimant dans l'union des intérêts. La communauté seule atteignit ce but. Jusqu'à elle il n'y eut que des oppositions d'intérêts et le contrat

de mariage n'était que l'expression d'une défiance réciproque. Son objet était de garantir les intérêts respectifs, non de les confondre.

220. La *sponsio*, dont on ne connaît pas précisément la teneur, fut essentielle au mariage légitime. Elle était exigée par les parens auxquels incombait l'obligation de doter, savoir, le père, le frère du côté paternel, le grand-père ou les agnats plus éloignés. Dans la sphère de la fortune la personnalité de la femme fit naître la dot et par suite la donation *propter nuptias*.

Le retour de la dot fut garanti par une constitution d'hypothèque *apotimema* que les dotans obtenaient du mari, et qui consistait ordinairement en immeubles.

Ces hypothèques dotales ne furent pas seulement établies pour la sûreté de la dot, elles consistèrent plutôt en ce que l'équivalent qu'elles procuraient pouvait seul être exigé dans la restitution future. De là il n'y avait qu'un pas à faire pour les considérer non plus comme identiques avec la dot et données à sa place, mais comme un don réciproque tout-à-fait indépendant d'elle, que le mari faisait à sa femme. Telle fut l'origine de l'*antipherne* ou donation *propter nuptias*.

221. Un point saillant du droit attique est la doctrine relative aux filles héréditaires. Elle reposait sur le principe de l'unité indivise de la famile, d'où résultait la nécessité du mariage de la fille épiclère avec l'agnat le plus proche. Ce principe d'unité a une si grande puissance qu'il fait reculer les exigences de la moralité naturelle. Le plus proche agnat de la femme est son frère, et l'idée d'agnation prédomine tellement alors, qu'elle légitime le mariage avec un propre frère et repousse l'idée d'inceste dans les limites de la ligne ascendante et des-

cendante. Mais dès qu'elle ne collide pas avec la moralité naturelle celle-ci rentre dans ses droits : le mariage avec l'utérine est puni.

La fille héréditaire attique était dans un rapport purement passif. Elle n'héritait pas, mais elle était à proprement parler héritée et faisait partie du droit réel que les collatéraux avaient à l'hérédité. En concours avec les descendans mâles, les filles étaient toujours dépourvues de tout droit à l'hérédité. Seulement l'obligation de les doter incombait aux frères et aux neveux et les filles ainsi dotées s'appelaient *epiproikoi*, par apposition à celles qui passaient avec le patrimoine aux collatéraux et qui étaient nommés *epikleroi*.

222. Ces dispositions sur les filles héréditaires sont particulièrement propres à faire connaître le moment où se développe la législation attique. On rencontre ici quelque chose de tout-à-fait exorbitant : ce sacrifice violent des prescriptions les plus positives du droit naturel en matière d'empêchemens de mariage la distingue de toutes les autres législations. Il y a donc tout à la fois d'une part une nécessité de position inaltérable et absolue, des rapports que la société d'alors ne pouvait pas détruire, de l'autre un sentiment énergique et profond que pouvaient seules inspirer la conscience et la vive perception d'une vérité reconnue. C'est donc ici un point de collision, un trait fondamental et caractéristique qui mérite d'être observé.

La fille héréditaire n'est point héritière et n'a aucun droit actif à l'hérédité. Ceci lui est commun avec les législations de l'Asie. La fille héréditaire fait de plus partie elle-même de l'hérédité, elle est transmise avec le

patrimoine à ceux qui y prétendent, aux cognats les plus proches. Sous ces deux rapports elle demeure donc ensevelie dans la substantialité asiatique, incapable de perpétuer la famille, elle ne jouit pas des droits de famille ; elle est même frappée de la qualité de chose, en tant que sa destinée est inséparable de celle de l'hérédité. C'est le rapport fondamental dans lequel se trouve primitivement placée la société grecque, et que le principe de mobilité qui se développe en elle n'a pas la force de rompre. La femme se trouve encore liée par ce côté, et invinciblement enchaînée à l'élément substantiel asiatique.

Mais la Grèce a reconnu l'élément de la personnalité. Ses droits ont été compris par elle, et le sentiment du beau et du vrai y a trop de puissance pour qu'il puisse être permis de les sacrifier. Ce sentiment des droits de la personnalité acquiert même d'autant plus d'énergie qu'il est plus comprimé par des rapports antérieurs qui lui résistent, rapports qu'il ne peut détruire, parce qu'ils naissent de la position d'origine de la société dans laquelle il se produit. De là cette sorte de violence à laquelle il parvient, et qui s'élève jusqu'au sacrifice des prohibitions du droit naturel. La loi prononce : La fille héréditaire, invinciblement attachée au patrimoine de la famille, sera le partage du parent le plus proche ; celui-ci sera tenu de l'épouser. Et la prohibition naturelle du mariage entre frère et sœur, qui fait obstacle à l'application rigoureuse de l'idée d'agnation, est brisée sans scrupule ; résultat remarquable de l'effort que fait la loi pour concilier ce qu'exigent d'une part une inflexible substantialité, de l'autre les droits de l'individualisme naissant, ou plutôt d'une personnalité clairement reconnue,

mais qui n'a pas la force de se dégager complètement du principe substantiel.

Par suite de ces idées les collatéraux appelés étaient, à l'égard des filles héréditaires, dans le rapport d'une revendication ; et leur adjudication (*epidicasie*) était absolumen tsemblable à l'adjudication d'une hérédité. Néanmoins, les filles héréditaires sortaient de cette passivité par la survenance d'un fils. Une fille de famille qui a un fils hérite au nom de ce fils, et exerce les droits qu'il aurait eus à la succession de son grand-père. Respectivement à son fils, la mère n'est fondée qu'à exiger l'entretien.

223. Quant aux autres parties du droit d'hérédité attique, voici succinctement de quelle manière M. Gans les expose :

1° Les descendans sont admis les premiers, avec préférence sur les mâles, sans limitation aux trois degrés ; 2° le droit attique ne connaît pas d'hérédité des ascendans. L'auteur le prouve à l'égard du père, puis de la mère ; il examine ce qu'était la proche parenté privilégiée, connue sous le nom d'*ankisteia*. Elle se terminait au degré d'enfans d'enfans de sœurs, et avait, par rapport aux vengeances de familles, aux sacrifices et aux inhumations, une importance incontestable ; 3° à défaut d'ascendans viennent les collatéraux. Les frères du côté du père, leurs enfans et petits-enfans, puis les sœurs et leurs enfans. S'il n'y a pas d'enfans de sœurs, le droit héréditaire passe aux enfans de sœurs du côté du père et à leurs enfans, non seulement en ce sens que les enfans héritent des enfans de sœurs, mais en ce sens aussi que les enfans d'enfans de sœurs, les petits-fils des sœurs (*sobrini*), héritent entre eux.

S'il n'y a pas d'enfans d'enfans de sœurs du côté paternels, les parens du côté de la mère viennent à l'hérédité dans le même ordre qu'auparavant les parens paternels, c'est-à-dire en premier lieu les frères, leurs enfans et leurs petits-enfans, puis les sœurs de leurs enfans; enfin les enfans de sœurs et leurs enfans.

S'il n'y a pas non plus de petits-enfans de sœurs du côté de la mère, la loi héréditaire, citée dans le discours de Démosthènes contre Maroatus, veut que le plus proche parent du côté du père vienne à l'hérédité. Ainsi, le premier ordre va jusqu'aux enfans de sœurs, et, en ce qui concerne les parens maternels, l'hérédité ne remonte jamais au-delà. C'est ce que les orateurs appellent l'*ankisteia*. Ce premier ordre épuisé, l'hérédité ne devient pas vaoaute, mais elle retourne aux parens paternels, dont le plus proche hérite seul. La détermination ultérieure de cette proximité est contenue dans la loi.

224. Dans l'admission de la descendance à l'infini, dans la préférence de la masculinité, dans l'admission de la parenté collatérale et le rejet des ascendans et des personnes qui en tiennent lieu, le droit attique montre une grande force de vitalité.

Le droit attique n'a point de préférence absolue de l'agnation sur la cognation, telle que la connaît l'ancien droit romain. Le droit d'hérédité des parens paternels se brise pour faire place aux parens maternels, puis revenir à la parenté paternelle. L'idée d'agnation ne repose pas non plus sur la parenté par mâles non interrompue. L'héritier en cette seule qualité, et sans égard au sexe des personnes intermédiaires, exclut la femme également proche. Mais comme le droit d'hérédité attique se brise en deçà de certains degrés, la préférence de l'agna-

tion est soumise à la loi supérieure de ce brisement, et maîtrisée par elle.

225. Le droit de représentation était admis, en général, d'une manière absolue : néanmoins il recevait plusieurs restrictions, dont l'une des plus remarquables était qu'aucun héritier naturel ne pouvait être représenté au-delà du degré précis où se termine l'ordre auquel il appartient. Ainsi, tandis qu'un descendant pouvait être représenté à l'infini, parce que ce premier ordre ne se brise pas, un frère ne pouvait être représenté que par son petit-fils.

226. Résumant brièvement les idées les plus saillantes que nous offre l'exposé du droit successoral attique, la dot est dans la société matrimoniale ce qui représente la personnalité de la femme. La dot donnée par le mari n'est pas une dot proprement dite, c'est un achat : elle appartient à un état social où la femme, considérée comme chose, est encore enchaînée dans l'unité de la famille. Mais la dot fournie par la femme est la reconnaissance de son individualité : elle seule distinguait à Athènes la femme légitime de la simple concubine. Les intérêts du mari et ceux de la femme, comme personnes distinctes et substantielles, une fois légalement représentés, viennent ultérieurement les différentes manières de combiner ces droits et de les unir : la dot qui est opposition, la communauté qui est amour.

C'est le droit grec qui dégage et reconnaît la personnalité de la femme, c'est lui qui le premier n'admit aucun mariage légitime sans dot.

La donation *propter nuptias* est théoriquement insignifiante ; ce n'est autre chose à l'origine qu'une garantie

pour la restitution de la dot. Elle exprime défiance et opposition d'intérêts.

Le droit de famille athénien a trois traits principaux : 1° reconnaissance de la personnalité et sanction de ses intérêts ; 2° union de la personnalité et du substantiel, avec un grand effort de la personnalité pour se dégager en certains cas de cette substantialité, ce qui produit le phénomène des mariages entre proches parens ; 3° traces visibles et restes de l'ancienne enveloppe dans laquelle était ensevelie la personnalité (traces polygamiques dans le mariage, et image de la communauté des sacrifices et de l'immobilité asiatique dans l'hérédité).

La reconnaissance de la personnalité de la femme est d'une date récente dans la famille attique : elle est une conséquence si essentielle du nouveau caractère de cette législation, que la légitimité de l'épouse s'exprime par cette reconnaissance même, et par la garantie des droits qui s'y attachent. La femme légitime est précisément elle dont les droits reconnus par la législation ont été garantis (épouse garantie ou cautionnée).

Le pouvoir paternel n'existe plus dans l'intérêt du père, mais dans celui des enfans; il cesse au moment de leur transition à l'état public, qui se fait dans la vingtième année.

Le droit d'expulsion de la maison paternelle ne fut que l'adoucissement de la peine due à l'enfant pour un crime dont il s'était rendu coupable; elle ne pouvait avoir lieu que de l'avis du conseil de famille et du magistrat. Ainsi, sous ce rapport encore il y avait reconnaissance et garantie de la personnalité.

227. L'esclavage eut dans la Grèce un caractère différent de celui qui lui appartenait dans les sociétés asiatiques. La pleine reconnaissance des droits de la person-

nalité en faveur des citoyens libres isole plus complètement d'eux la classe des esclaves; elle en fait davantage une classe à part, manquant d'une manière d'autant plus frappante des droits de la classe libre que les priviléges de celle-ci sont mieux garantis par la législation. En Asie, les esclaves ne différaient guère des personnes libres que par les divers degrés de leur dépendance, parce que les personnes libres elles-mêmes étaient soumises à un maître commun, au père de famille dont elles étaient la propriété. L'esclavage devait donc y être moins tranché, et cette classe devait y faire moins scission avec le reste de la société; aussi n'est-il point mention dans l'histoire de révoltes d'esclaves qui aient eu quelque généralité, tandis que dans le monde grec et romain ces révoltes furent souvent funestes et toujours redoutées. A Athènes, néanmoins, le sort des esclaves était très doux.

228. Les *phratries* et les autres grandes constructions sur lesquelles reposait la famille attique représentant l'unité primitive de la famille, de l'état et de la communauté religieuse, appartiennent au fond asiatique, qui tend à conserver dans un état de fixité inaltérable l'enveloppe extérieure, l'écorce de la société domestique. Une trace visible de l'ancienne famille orientale s'est conservée dans le droit successoral des Grecs par l'importance de l'*ankisteia* limitée aux trois degrés; importance constatée par différens passages des orateurs Démosthènes et Isée, et que M. Gans reconnaît lui-même en ce qui concerne les inhumations et les sacrifices.

C'est sur ce fond oriental que s'implante et se développe la vitalité de la famille grecque: cette vitalité produit la force de la transmission à la descendance, d'où naît le droit de représentation tant en ligne directe qu'en ligne

collatérale. Son principe est tellement puissant, que non seulement il fait naître la représentation même en collatérale, mais encore qu'il fait prononcer l'exclusion des ascendans intermédiaires par lesquels la famille ne peut se perpétuer. Ici s'applique dans toute sa rigueur cet axiôme de l'hérédité hellénique : Tout héritier est en même temps fils et destiné à perpétuer la famille, et tout héritier appelé ne l'est que comme devant la perpétuer. Ainsi, nonobstant l'admission des enfans de sœurs et de leurs petits-enfans, l'oncle, la tante et le grand-oncle sont exclus.

C'est pareillement le principe de vitalité qui fait exclure les femmes; elles recouvrent tous leurs droits dès que cette vitalité l'exige : ainsi, les filles exclues qui mettent au jour un enfant mâle sont admises à l'hérédité comme le représentant, pourvu que cette naissance ait lieu avant le décès du défunt et leur adjudication au cognat le plus proche.

229. Nous avons remarqué que la préférence de la masculinité n'est pas absolue comme elle l'était à Rome : cette préférence, quoique perpétuant la famille, est plutôt un principe de conservation que de vitalité, et exprime le rapport substantiel par opposition à la personnalité. La préférence de la masculinité dans la Grèce se brise pour faire place aux droits du sang, selon l'ordre de proximité naturel. On a vu qu'après la vocation des frères, des sœurs et des enfans et petits-enfans de sœurs, l'agnation est rompue pour faire place à la vocation de l'ordre correspondant du côté maternel, puis revenir de nouveau aux plus proches parens paternels : ici donc encore la nature et la vie l'emportent sur la froide immobilité de la conservation.

Ainsi le droit d'agnation ou de masculinité cède à l'admission respective des divers ordres successoraux; le droit de descendance, ou la représentation, cède lui-même et à ces ordres respectifs et à la masculinité; en sorte que la vocation respective des divers ordres domine toute l'hérédité, et tous les principes successoraux lui cèdent le terrain pour n'agir qu'en dedans de chaque ordre, ou d'une manière subordonnée à la place qu'il occupe. Cette maxime du droit attique est exprimée en ces termes : Aucun héritier naturel ne peut être représenté au-delà du degré précis où se termine l'ordre auquel il appartient.

230 La personnalité se détache et se prononce avec force dans le droit héréditaire attique; mais dans les constructions fondamentales, dans la forme de la société domestique, il est impossible de méconnaître le fond asiatique. L'individualité développe ses droits et les fait sanctionner : les intérêts vitaux de la famille, unis à la personnalité, sont garantis et proclamés par la législation; mais la construction fondamentale est de forme asiatique : elle se reconnaît dans l'inclusion en de grandes divisions familiales, telles que les *phratries*; dans le classement de divers ordres successoraux, qui se reproduit avec une sorte de périodicité; dans cette image de la limitation de la communauté de sacrifices que rappelle l'*ankisteia*. La forme de la transmission héréditaire a donc beaucoup conservé de la société asiatique, mais l'activité et la personnalité européennes l'ont pénétrée de toutes parts : forcées de s'accommoder à l'enveloppe extérieure du monument qui les contient, elles s'agitent et se meuvent en dedans de chaque ordre; partout où elles ne sont pas enchaînées par le colosse du vieux mon-

dé, elles se dégagent avec effort et montrent leur puissance.

231. Si l'on observe attentivement le caractère de la famille athénienne dans l'union de la personnalité et de la substantialité, qui en fait le fond et la beauté, on remarque que quelque saillans que puissent être les traits des anciennes institutions asiatiques, desquelles se détache la personnalité grecque, ce ne sont cependant que des débris, des traces inertes, une image en un mot. La vérité, la réalité, la vie, sont toutes en faveur de la personnalité. Ainsi pouvoir paternel assez étendu, mais constitué dans l'intérêt du fils et expirant de très bonne heure; souvenir de l'inclusion aux trois degrés de parenté dans l'*ankisteia*, mais transmission réelle au descendant mâle le plus proche, quelque éloigné qu'il soit; substantialité liant les femmes au patrimoine héréditaire dans un rapport de chose; mais nécessité de les épouser imposée en leur faveur; représentation, exclusion de l'ascendance, même en collatérale; dot et garantie : toutes les réalités sont en faveur de la personnalité, de la mobilité, du progrès : on pourrait comparer la substantialité asiatique, par rapport à l'individualité grecque, à l'ombre qui s'unit à la lumière pour produire la beauté des formes, ou, si l'on veut, à l'espace dans lequel se meuvent et duque se détachent les institutions qui composent la vie hellénique. On sent que l'un de ces élémens est le cédant, le sacrifié, l'écorce morte; l'autre est le vivant, l'actif, la tige verdoyante.

§ CINQUIÈME.

DE LA SUCCESSION ROMAINE.

SOMMAIRE.

232. *Trois périodes auxquelles peut se ramener toute la jurisprudence romaine en matière de succession.*

233. *Exposé succinct des principales mesures législatives qui appartiennent à chacune d'elles, et d'abord de la première et de la seconde périodes.*

234. *Suite de la seconde période.*

235. *Troisième période.*

236. *Suite de la troisième période. Comment s'effectue en général un grand changement législatif.*

237. *Sous les empereurs, droits de succession du fisc, puis des différentes corporations auxquelles on appartenait.*

238. *Changemens qu'amena l'introduction du christianisme aux quatrième et cinquième siècles.*

239. *De la novelle* 118.

240. *De la représentation en ligne descendante, collatérale, ascendante : elle cesse dans cette ligne d'être une représentation proprement dite.*

232. De même que le caractère de la famille grecque fut l'union de la personnalité et du principe substantiel, de même celui de la famille romaine fut leur opposition, enveloppée d'abord, puis se produisant avec

force, et finissant par se perdre dans la fusion complète des deux principes. On a ramené à trois périodes la jurisprudence romaine en matière d'hérédité.

La première, ou la période de l'opposition encore enveloppée de l'hérédité *ab intestat* et testamentaire, s'étendrait du temps de la royauté, et du commencement de la république, jusqu'à celui où le testament *per æs et libram* fut mis au nombre des formes du testament.

La seconde, ou la période de l'opposition manifestée de l'hérédité testamentaire et *ab intestat*, a pour point de départ le principe *uti legassit super familiæ pecuniæ tutelæve suæ rei ita jus esto*, ou la loi des Douze-Tables : elle s'étend jusqu'au commencement du temps des empereurs, jusqu'à l'admission du testament prétorien.

La troisième période enfin, ou la période de l'opposition des principes se perdant par leur confusion, peut dater son origine de l'introduction de la querelle d'inofficiosité ou du *quadruplum judicium*, et se termine à la novelle 115 de Justinien.

On a ramené à un petit nombre de traits principaux la série des modifications législatives qui ont marqué chacune de ces trois périodes.

233. Dans l'ancien droit, puissance de la faculté testamentaire, héritiers siens, agnat le plus proche, et, à leur défaut, *gentiles*.

Dans le temps de la jurisprudence intermédiaire, on voit apparaître les possessions de biens : tendance des préteurs à introduire leurs principes dans le droit civil. Le testament retombe, par l'institution du testament *per æs et librum*, au rang des actes que les simples particuliers peuvent célébrer entre eux ; admission, à la faculté testamentaire, des personnes qui ne pouvaient pas voter

aux comices. Le droit des héritiers siens, si douteux d'après les Douze-Tables, est fixé. Nécessité de l'exhérédation. Le préteur adoucit l'ancien droit, accorde les possessions de biens aux institués, aux émancipés, etc.; il opère la transition des principes de l'ancien droit à ceux du nouveau. Fusion de l'ancien système héréditaire des Douze-Tables avec l'ancien système prétorien. Le préteur étend le droit de succéder à d'autres parens qu'aux agnats, et fait dans l'édit successoral le détail des personnes qu'il appelle à leur place.

La concession des délais pour accepter l'hérédité, puis les intervalles fixés pour les possessions de biens par le droit prétorien, sont évidemment des atteintes portées au principe de conservation. Dans la nature, la famille est une société; tous les membres en sont les collaborateurs et les copossesseurs. Le décès du père n'anéantit point la possession des survivans : elle se conserve nonobstant cette circonstance, et l'hérédité passe de la tête du défunt sur celle de l'héritier, sans aucune espèce de suspension, même imaginaire; car il faut bien distinguer le partage et l'hérédité. L'hérédité transmet, ou plutôt conserve le patrimoine de la famille; le partage détermine les parts respectives des copossesseurs.

Le bénéfice d'inventaire, les délais pour accepter ou répudier l'hérédité, l'invention prétorienne des possessions de biens, sont de véritables atteintes au principe de conservation; elles changent le fondement de l'hérédité, et la convertissent en un quasi-contrat. L'héritier n'est plus la continuation naturelle et nécessaire de la personne de son auteur; c'est une partie qui s'engage, vis-à-vis des créanciers de l'hérédité, à faire face aux det-

tes et aux charges de la succession, moyennant la transmission qui lui est faite de la fortune du défunt. La transmission selon les droits du sang devient alors un engagement arbitraire.

234. Pendant le développement successoral de cette période, l'élément substantiel de la famille, qui dans l'ancien droit subsistait dans toute sa force, se perd peu à peu et tend à se fondre dans un sentiment général d'équité. Ici, comme il arrive toujours, à mesure que la civilisation se développe, l'humanité en général absorbe la famille et la nationalité. Ainsi le testament, à l'origine est une institution d'ordre public qui se solennise dans les comices : il ne s'agit de rien moins que de transférer les *sacra privata*. La puissance publique doit intervenir avec toute sa majesté. La faculté testamentaire se joue des droits de la nature ; les droits des héritiers siens sont mal définis. Voilà bien le sens national de la famille romaine dans sa position d'origine, avec la maxime politico civile *sacra privata perpetua manento*. Plus tard, le testament devient une institution privée qui acquiert par la mancipation un caractère contractuel. La première forme de tester paraît appartenir davantage à l'élément religieux : le but, comme dans l'Orient, est la conservation des sacrifices. La seconde forme appartient tout entière à l'élément contractuel et à l'empire du fait ; c'est la propriété élevée à sa plus haute puissance et transmise sous des formes symboliques : la propriété originaire, *mancipium*, c'est-à-dire cette partie du patrimoine qui avait revêtu le plus haut caractère de la personnalité; mais en même temps s'introduit et se fait reconnaître un sentiment d'équité naturelle qui modifie les règles et les principes de l'ancien ordre de succession uniquement

basé sur la conservation de la famille et de son patrimoine.

De ce changement résultent deux conséquences : le privilége primitif des terres, introductif d'une certaine égalité entre les familles, est renversé par la facilité des testamens et par l'abrogation des priviléges héréditaires. Le caractère national et distinctif du droit de famille se perde dans un certain fond d'humanité générale et d'équité.

235. La troisième période, celle de la jurisprudence nouvelle, fit subir encore à cet état de choses de nouveaux changemens :

1° Les anciennes formes de tester disparurent ; les testamens publics furent portés à l'administration de l'état ou du lieu ; la capacité de tester fut étendue, la doctrine de la prétérition, de l'exhérédation et de la légitime modifiée ;

2° Le droit des héritiers siens est conservé et étendu ; les émancipés sont appelés par la possession de biens *contrà tabulas* ;

3° Les substitutions s'étendent et les codicilles sont admis.

Le testament, dans cette dernière période, semble donc se soumettre au même caractère de publicité qu'il avait dans la première ; seulement il perd la couleur nationale qu'il avait conservée dans les formes de la mancipation. L'insertion de l'acte testamentaire devant les administrations publiques devient la forme la plus commune de donner de la publicité aux actes.

L'extension des substitutions et l'admission des codicilles donnent plus d'étendue réelle à la faculté de tester, en la dépouillant de cette rigueur de formes qui

dans l'ancien droit lui était essentielle. Enfin, l'équité et un certain naturalisme remplacent absolument les anciennes règles si rigoureuses en matière de succession légitime. La conservation de la famille perd, et l'arbitraire de la dernière volonté gagne du terrain.

Les formes testamentaires n'ont plus le caractère de transmission et de conservation des sacrifices, comme dans les assemblées des comices, ni celui de la toute-puissance du père de famille ou de l'excellence d'une propriété privilégiée, ou enfin le caractère contractuel, comme les testamens de la loi des Douze-Tables, et *per mancipationem*. Elles consacrent l'arbitraire le plus illimité, et elles ont des dispositions nombreuses sur les substitutions, qui sont le *nec plus ultrà* du pouvoir testamentaire, ne soumettant cet arbitraire qu'à la nécessité de l'insinuation et de la présentation devant les administrations publiques, c'est-à-dire à la seule publicité. Les codicilles et la clause codicillaire anéantissent toute formalité intrinsèque.

236. Le caractère de cette troisième période est donc une sorte de naturalisme qui a pris la place des anciennes maximes privilégières conservatrices du patrimoine. L'arbitraire le plus absolu se montre dans la faculté de tester, qui repose plutôt sur la prédominance accordée à la volonté individuelle que sur la nécessité religieuse de conserver les sacrifices ou sur la puissance de la propriété; enfin l'emploi de la forme la plus simple, se réduisant à la publicité seule, atteste l'absolutisme et la centralisation du pouvoir public.

Dans cette transition législative de l'ancien système à la nouvelle jurisprudence, les nouveaux principes ne furent pas proclamés tout-à-coup dans toute leur sim-

plicité : on commença par modifier et adoucir ce que l'ancien système de famille paraissait avoir de trop dur et de trop absolu. Mais ce premier changement en appelait un second : les novelles se succédaient rapidement, et détruisaient tout le formel de l'ancienne famille romaine, qui était resté seul. L'agnation effacée, la faveur de la mère, l'égale admission de tous les sexes, expressions du naturalisme qui avait absorbé l'ancien esprit de famille, conduisirent enfin, après des coups réitérés, au renversement complet du romanisme antique réduit à de pures formes, puis au système simple et sans caractère national de la novelle 118, et de celles qui ont complété le dernier droit successoral.

Telle est toujours, en effet, la marche d'un grand changement législatif. Quand l'esprit des anciennes institutions est éteint, l'innovation s'attache sous la forme d'adoucissement aux parties saillantes de l'édifice; et parce que le droit n'est de sa nature que délimitation, borne posée, division, dès que la borne est enlevée ou la séparation franchie, l'édifice s'ébranle, et le législateur est surpris lui-même de se trouver aux prises avec une vaine forme qui ne lui offre plus de résistance. Il redouble alors ses coups, jusqu'à ce qu'ayant fait table rase, le nouvel esprit puisse s'implanter et s'asseoir sans obstacle sur le même terrain, et y prendre les formes qui lui sont propres. Cette édification est l'œuvre de la civilisation et du temps.

237. La puissance des empereurs romains, formée par la réunion de tous les pouvoirs et des titres jadis attribués aux différentes charges de la république, n'était qu'un despotisme militaire, lequel eût pour expression administrative la fiscalité. C'était dans l'in-

térêt de la fiscalité que les lois sur les hérédités vacantes, et sur celles des condamnés, reçurent tant d'extension. Le droit du fisc fut remplacé par la succession des différentes corporations et associations auxquelles on appartenait. On accorda successivement cette faveur à l'ordre des décurions, au corps des naviculaires, aux divisions de l'armée romaine (*legiones et vexillationes*), aux *cohortales*, aux églises et aux cloîtres, au corps des fabriciens.

238. Le christianisme, aux quatrième et cinquième siècles, sorti victorieux des persécutions, se fait jour dans les institutions sociales, et cherche son expression séculière. Il s'assied au milieu de la société, et exerce sur la loi successorale sa puissante influence. Néanmoins, comme l'observe avec sagacité M. Gans, il ne peut faire vivre dans l'immense colosse romain dépourvu d'élémens qui lui conviennent, et dans lequel il ne trouve qu'une résistance d'inertie, une legislation qui lui soit propre et qui appartienne à son esprit. Seulement les anciennes maximes privilégiaires, conservatrices de la famille et de la nationalité romaines, s'effacent de plus en plus; la faculté testamentaire acquiert une nouvelle faveur, et reçoit des accroissemens en faveur des établissemens pieux. On voit se produire cette tendance de tout ordre intellectuel à répandre l'esprit de communauté, à étouffer celui de propriété et de famille, et à favoriser aux dépens de celle-ci les dévolutions successorales en faveur des corporations dont le défunt fait partie. La succession de ces corporations prend dans la législation la place qu'occupait auparavant le droit du fisc.

239. Le système d'hérédité de Justinien, encore que

ses élémens soient plus ou moins pris dans l'ancien système du droit civil ou prétorien, fut dans son ensemble d'invention nouvelle : jusque là les droits d'hérédité n'avaient pas été compris par rapport aux parens considérés comme ascendans, descendans et collatéraux; le système de la loi des Douze-Tables reposait au contraire sur la distinction des *sui* et des *agnati*, et celui du droit prétorien sur celle des *liberi*, *legitimi* et *cognati*. La représentation ne fut à son origine que l'ancienne succession par souches, *in stirpes*, étendue aux collatéraux par Justinien, dans la novelle 118. Auparavant il ne pouvait y avoir entre collatéraux aucune concurrence semblable à celle qui avait lieu entre descendans, puisque les enfans de sœurs n'héritaient pas avec les sœurs, mais étaient exclus par elles, et qu'à leur défaut les enfans devaient succéder *in capita*.

240. Cette idée générale du droit de représentation successorale ne s'est donc pas formée tout-à-coup, et encore aujourd'hui elle conserve un sens différent, selon qu'elle s'applique aux ascendans, aux descendans et aux collatéraux. Le droit de représentation exprime proprement la vitalité, la perpétuité de la famille : en ligne directe il doit s'étendre à l'infini, et c'est ainsi qu'il existe dans la plupart des législations. Il faut en excepter celles qui préfèrent l'indivision à la vitalité, et qui ont un caractère d'immobilité absolue ; mais en lignes collatérale et ascendante elle a une autre signification : le législateur comprend dans leur ensemble, et comme une seule famille, tous les collatéraux, et il applique à cette souche collatérale les principes applicables à la ligne directe. Ce n'est donc plus la vitalité de la famille de descendance, mais la vitalité de la famille collatérale

qu'exprime la représentation. C'est pourquoi la dévolution successorale prend en ce cas un double caractère : en premier lieu, elle exprime la conservation en tant que les biens remontent à l'auteur commun, d'où ils sont sortis, pour descendre ensuite dans une branche collatérale ; elle exprime en second lieu la vitalité de cette branche collatérale, considérée elle-même comme une famille juxtà-posée à la famille de descendance qui se trouve éteinte.

En ligne ascendante, la représentation exprime encore une idée différente.

D'abord, elle est la conservation du patrimoine, puisqu'elle fait remonter les biens à ceux desquels ils sont présumés être sortis ; en second lieu, elle est la vitalité, puisqu'elle peut avoir pour effet de faire passer le patrimoine, ou une partie du patrimoine, au fils d'un ascendant, lequel peut perpétuer la famille ; en troisième lieu, elle est l'indivision, la fixité, en tant qu'elle empêche la dispersion des biens entre des parens collatéraux très éloignés, et qu'elle les conserve dans les mains des auteurs communs pendant tout le reste de leur existence.

On voit donc que le droit de représentation, qui de sa nature exprime la vitalité, et même la perpétuité, en tant que la loi l'établit à l'infini sans distinction, change néanmoins de caractère et exprime des idées différentes, selon l'ordre dans lequel il est considéré.

En ligne directe descendante, c'est la perpétuité;

En collatérale, le principe de vitalité combiné avec celui de conservation;

En ligne ascendante, c'est un mélange des principes de vitalité, de conservation de patrimoine et de fixité

ou d'indivision. La nature propre de la représentation s'efface ici presque complètement et le nom disparaît avec la chose, c'est proprement la succession *in lineas*.

§. SIXIÈME.

DE LA SUCCESSION RUSSE.

SOMMAIRE.

241. *Toutes les législations barbares ont de nombreux points de ressemblance.*

242. *Temps antéhistoriques de la législatèon russe.*

243. *La succession de ces temps primitifs n'est qu'une copossession continuée ; elle n'a point de représentation.*

244. *Dans les temps anciens il arrive souvent que les enfans sont exclus par l'oncle ou par un parent collatéral.*

245. *Vengeance de famille, de parens, de race : sa raison.*

246. *La réparation pécuniaire la remplace. Preuve que dans l'origine la peine est une véritable vengeance.*

247. *Recherche des choses soustraites. Origine du droit civil et pénal.*

248. *Filiation des premières institutions civiles.*

249. *Dispositions de la Prada du treizième siècle sur le droit d'hérédité.*

250. *Constitution de la famille dans l'Esclavonie.*

241. L'ordre des temps nous conduirait ici à passer en revue les lois successorales des différens peuples barbares qui ont successivement occupé les diverses parties de l'empire romain écroulé : mais, outre que nous ne pourrions, sans dépasser les limites que nous nous sommes assignées, nous livrer à un travail aussi vaste, toutes ces législations barbares ont un caractère général commun, certains traits de ressemblance habituels qui nous permettent de nous borner à les indiquer rapidement, sauf à entrer dans de plus grands détails à l'égard des peuples qui nous touchent de plus près, ou dont la loi successorale a un caractère plus saillant, ou plus naïvement primitif (5).

De toutes les lois des peuples barbares qui ont envahi et peuplé l'Europe, l'ancienne législation russe est une de celles qui méritent le plus d'être observées sous ce dernier rapport. D'une part elle a conservé d'une manière frappante le caractère oriental ; de l'autre son développement historique met à nu les origines du droit, tant civil que criminel, et la manière dont l'un et l'autre jettent et entremêlent leurs racines dans les premiers rudimens des sociétés. Parcourons rapidement ces deux faces du droit russe.

242. La forme patriarcale domine à l'origine. Les Russes se soumettent à des princes étrangers, parce qu'ils ne sont pas assez avancés en civilisation pour en élire qui leur soient propres. Ils sont divisés par familles et par réunions de familles. Ces réunions de familles

forment des états qui portent l'image de la famille, et dans lesquels l'état social atteint la plus grande fixité. Avec la fondation des états commencent les temps historiques.

242. Ce qu'un père laissait à sa mort fut dans le principe la propriété patrimoniale de ses enfans. Le partage de l'hérédité appartient au droit des temps postérieurs. Cette propriété patrimoniale était administrée par la famille en commun, quelquefois par le frère aîné, d'autres fois par tous les frères avec une certaine subordination fondée cependant sur la prééminence de l'âge. Si un frère mourait, il était remplacé par le survivant, car tous les frères étaient copossesseurs de l'hérédité. Il n'était pas encore question de leurs enfans, c'est-à-dire, de la seconde génération. Le patrimoine demeurait indivis : seulement il avait plusieurs copossesseurs.

On reconnaît ici l'indivision, cette force de fixité sans vitalité, sans personnalité que nous avons observée dans les législations de l'Orient. Le patrimoine forme un tout indivis, dont les frères sont tous ensemble copossesseurs. Les enfans du premier degré sont seuls appelés : il n'y a point de représentation. La représentation appartient à un progrès ultérieur, au principe vital de la perpétuité des familles, qui ne s'est pas encore produit. Enfin, la personnalité demeure ensevelie dans l'unité de la famille. Cette succession primitive n'est donc qu'un simple droit d'occupation ou plutôt de copossession continuée. Ceux qui sont présens au moment du décès du père de famille, les frères qui ont joui et cultivé en commun continuent de posséder en commun. Les autres sont exclus.

244. « Au lieu de la dévolution du père de famille au

fils aîné, il est ordinaire dans les temps anciens, dit M. Evers, que les enfans soient exclus par l'oncle ou par un autre parent collatéral que la maturité de l'âge met en état de se placer à la tête du patrimoine. C'est ainsi que chez les petites peuplades de la côte de Guinée, les enfans ne prennent, dans la succession du père, que ses armes. Tout le reste appartient aux parens collatéraux plus âgés. Titelive nous apprend qu'en Numidie, pays qui était sorti de l'état de grossièreté primitive, le frère du prince mort était préféré aux enfans dans la succession au trône. La même chose se retrouve dans différens états de l'Orient, autrefois à Siam, dans quelques dynasties chinoises, et encore aujourd'hui dans l'île des Larrons. On trouve aussi dans les premiers temps des états européens modernes, des traces nombreuses de cette préférence des frères et des autres parens collatéraux.»

245. Un individu ne peut se défendre par ses seules forces. C'est la raison pour laquelle les familles demeurent réunies et les unions de races se forment.

C'est aussi la raison pour laquelle la vengeance était considérée comme un devoir sacré, d'abord pour les membres de la famille, puis pour les parens, puis enfin pour toutes les personnes d'une même race. Quand l'état, qui procure protection et sûreté, se constitue, tous renoncent successivement à ce droit: la race d'abord, puis les parens, et enfin les membres de la famille, ceux-ci les derniers, et dans le principe au moyen d'un certain dédommagement.

La première des dispositions de la Prada d'Iaroslan concerne le meurtre: elle contient en ces termes la confirmation, et la limitation tout à la fois du droit de vengeance.

« Si un homme en tue un autre le frère venge le frère; le fils, le père; le père, le fils ou le fils du frère ou le fils de la sœur. Les autres ne peuvent venger ».

La rédaction de cette loi appartient à un état de moralité très peu avancé. Il y avait encore des victimes humaines. Dans tous les pays, au même degré de civilisation, à la même distance de la fondation de l'état, le droit de vengeance fut toujours admis.

246. Mais bientôt l'affermissement du pouvoir public permit de restreindre ce droit odieux, et c'est à quoi tend la législation, d'abord en le limitant à certains degrés de parenté, puis en remplaçant la réparation par le sang par la réparation pécuniaire.

La loi continue ainsi : s'il n'y a personne qui venge le défunt, on paie, sans égard à son origine, quarante grivnes par tête.

Suit le détail des différentes sortes de blessures et de leurs réparations. Pour avoir arraché la barbe on payait quatre fois plus que pour avoir coupé un doigt. On voit donc que l'injure était punie plus que la douleur et le préjudice. Cette observation nous ramène à l'idée qui d'ailleurs se reproduit de toutes parts, que la peine fut dans l'origine une véritable vengeance.

247. « Si quelqu'un, porte la même loi, exige d'une autre personne quelque chose que celle-ci refuse, il va à la déclaration devant douze hommes, et s'il se prouve que le possesseur de l'objet contesté lui a fait injustice en ne le lui remettant pas, il reprend le sien et trois grivnes pour l'injustice.

Nous touchons ici aux origines de la propriété et de tout le droit en général. Toute l'ancienne procédure, dans la répétition de la propriété, se passait entre les

parties elles-mêmes, sans l'intervention du juge, mais sous les yeux de toute la communauté. On remontait à la recherche de la possession légitime jusqu'au premier acquéreur. Mais dès que la chose n'était pas parfaitement claire, il fallait l'intervention d'un tiers qui donnât une décision, c'est-à-dire qui déclarât quel avait été le résultat de la recherche, aussi loin qu'on avait pu la pousser. Et la communauté ne pouvant pas participer à une recherche aussi compliquée, il était naturel de s'adresser à un choix d'hommes tirés d'elle, en assez grand nombre pour la représenter en quelque sorte. Ce sont les douze hommes qui sont l'origine du jury.

La simplicité de ces dispositions primitives qui rappellent le procédé analogue de la recherche *cum licio et lance* chez les anciens Romains, témoigne de leur haute antiquité. Le droit criminel et le droit privé sont un à l'origine. Tout paraît compris sous l'idée de lésion. L'attentat à la propriété et les simples actions civiles ne sont pas distincts. Le vol n'est pas mentionné comme un crime particulier. Prendre est une seule et même chose de quelque manière et dans quelques circonstances qu'on le fasse. Le mien reste mien et je le reprens où je le trouve, en présence de toute la communauté, de quelque manière qu'il soit venu aux mains de celui qui le possède. Mais celui qui l'avait réellement pris doit me payer en outre un dédommagement pour lésion, et de là toutes les actions qui ont la propriété pour objet, entraînent après elle une réparation, une sorte d'amende pécuniaire. Cette amende, qui est la même pour toutes les sortes de prises, pour le vol, le non-paiement de la dette, la rétention du bien confié, etc., forme bientôt dans l'état une sorte de peine commune pour l'in-

justice ordinaire, et qui s'applique aux autres genres d'injures, aux lésions corporelles par exemple. Peut-être même, la réparation qui avait été fixée d'abord pour les lésions corporelles, furent-elles transportées à la rétention de la propriété. Du moins, nous trouvons dans tous les anciens droits, une peine pour l'injure ordinaire, qui est aussi la même pour l'appropriation illégitime de la propriété d'autrui.

Ainsi, limitation du droit de vengeance; son remplacement par une réparation pécuniaire; reprise de la propriété où on la trouve; recherche jusqu'au dernier possesseur; décision devant douze hommes pris dans le sein de la communauté : tels sont les cinq principes auxquels peut se ramener tout l'ancien droit de la Prada.

248. La loi ne s'occupe, dans l'origine, que de garantir la propriété, ou plutôt la possession acquise; et la sûreté personnelle contre les atteintes violentes dont elles peuvent être l'objet. Le droit civil et le droit criminel sont confondus. Le vol fait naître le droit de suite de sa propre chose et l'action de revendication. Le meurtre et la mutilation produisent les garanties pénales, les unions ou associations, la vengeance du sang, les liens politiques, et enfin l'état, qui est la dernière et la plus haute garantie contre la violation la plus complète et la plus permanente de la sûreté personnelle et de la possession, la guerre.

Le droit naît du mal moral.

249. La Prada du treizième siècle contient des dispositions plus développées sur le droit d'hérédité. L'état y absorbe la personnalité; au défaut de fils toute l'hérédité revient au prince. Mais cette personnalité est respectée dans l'intérieur de la famille, et les dispositions qui rè :

glent les parts respectives de la mère et des enfans sont très équitables.

« Si un homme du commun meurt sans enfans la succession revient au prince. S'il a des filles on leur donne une part; mais, si elles sont mariées, on ne leur en donne point.

« Pour les boïares ou leur descendance, l'hérédité ne passe pas au prince; mais, s'il n'y a pas de fils, elle appartient aux filles mêmes.

« Si quelqu'un partage sa fortune en mourant, on s'y tient : que s'il meurt sans disposition, on appelle tous les enfans à l'hérédité, et on en donne une partie pour le repos de son âme.

« Si une femme survit au mari, on prend une part à ses enfans, et elle demeure maîtresse de ce que le mari lui a constitué; mais elle n'est pas héritière de son mari. S'il y a des enfans d'une première femme, les enfans prennent ce qui appartient à la mère ou ce qui était constitué à la femme. Les uns et les autres prennent ce qui appartient à la mère. S'il existe une sœur elle n'est pas héritière légitime, mais les frères la marient comme ils peuvent ».

250. On voit que ce n'est qu'avec le développement de la civilisation que naissent les dispositions sur le droit d'hérédité. La loi du premier âge n'en connaît point : et en effet elles seraient inutiles tant que le patrimoine de la famille demeure commun et dans un état d'indivision. C'est ce que prouve l'exemple de la population sclavone chez laquelle dure encore présentement cet état de choses.

« Dans toute l'Esclavonie, dit M. Evers, l'administration patriarcale est encore en usage de nos jours.

Toute la famille demeure indivise sous la direction du père de famille (Gotzpodar), et par suite il n'est pas rare de voir une maison avec une population de plus de soixante personnes. On y trouve même, quoique rarement, plus de cent hommes dans une seule maison. Le nombre de vingt à trente têtes réunies est le plus ordinaire. La maison commune est habitée par le père de famille seul avec sa propre famille. Chaque couple a sa propre maisonnette (Krevet) exclusivement destinée à son habitation. Mais comme elles ne sont pas disposées pour le chauffage, il est libre dans l'hiver à tous les membres de la famille de chauffer des chambres communes où chacun porte son lit et où sont étendues souvent douze couches ou davantage.

« Le gotzpodar ou père de famille et sa femme sont chefs de toute la famille. Celui-là distribue l'ouvrage aux hommes, celle-là aux femmes. Les femmes de la famille s'occupent hebdomadairement de la cuisine et du ménage; celle dont le rang est venu s'appelle Redussa, qui vient de *red*, tour ou rang. On la nomme aussi *maja*, diminutif de *mati*, mère. De la faveur dont jouit telle ou telle femme auprès de la mère de famille dépend le plus souvent la plus ou moins grosse chère de la maison.

« Le père de famille est élu par toute la famille. Sa place est à vie et certaines circonstances peuvent seules faire perdre au père de famille élu son autorité. Les personnes de la maison doivent respecter absolument ses ordres, à quoi il est pourvu s'il est nécessaire, par l'autorité des tribunaux civils, qui prêtent toujours au gotzpodar l'assistance dont il a besoin. L'avoir de la famille qui consiste principalement en bétail, est propriété

commune, le gotzpodar n'en est que l'administrateur et obligé d'en rendre compte à toute la famille si elle l'exige. Il doit pourvoir à tout ce qui est nécessaire à la maison. Le partage du superflu se fait par souches. Les choses acquises par un commerce ou une industrie privés demeurent à l'acquéreur et s'appellent *perchia*. Une pareille communauté de biens a lieu chez tous les peuples barbares, et leur droit de propriété consiste seulement dans le droit exclusif de jouissance, puisque toutes les personnes qui possèdent quelque chose en commun, en sont regardées comme propriétaires. »

§ SEPTIÈME.

DE LA SUCCESSION SALIQUE.

SOMMAIRE.

251. *Les seuls mâles y furent admis.*

252. *Pourquoi cette préférence des mâles se bornait à la terre salique.*

253. *Modifications qui surviennent après la conquête.*

254. *Dès la première race, les monumens historiques font mention des possessions des femmes. Rapprochement de textes en note qui confirment notre opinion. Après la conquête, la raison du service féodal s'y joignit.*

255. *La préférence des filles n'existait pas de la même manière dans tous les degrés de succession.*

256. *Egards accordés aux femmes, par la législation, chez les peuples modernes. Exemple dans la coutume de Bretagne.*

257. *La loi salique fut politique et civile à la fois. Son analogie avec la loi des Douze-Tables.*

258. *La succession au trône fut réglée comme celle d'une propriété civile. Exemples divers.*

259. *Antiquité de notre droit coutumier : son uniformité ; ses différences.*

251. Nous avons dit ailleurs que les lois qui règlent les institutions des peuples naissans ne sont que l'application du principe de conservation à l'état particulier de leur société, après le grand fait de la migration. La loi salique justifie parfaitement cette observation. Son article 6 portait : Aucune portion de la terre salique ne passera aux femmes, mais elle appartiendra aux mâles, c'est-à-dire que les enfans mâles succèderont à leur père. On se demande naturellement quelle est la raison de cette exclusion des femmes, pourquoi cette exclusion est restreinte à la terre salique.

Il est aisé de s'en rendre compte si l'on se rappelle quel fut l'état social et politique des Francs soit en Germanie, soit en deçà du Rhin et après la conquête.

Ce peuple guerroyant et libre s'accoutuma difficilement aux travaux de l'agriculture, et ne passa que fort tard à la fixité sociale qu'amène la culture des terres. Les Francs quittaient tous les ans leurs possessions. On distribuait à chaque famille une portion de territoire suffisante pour sa subsistance, et après la récolte, on la

contraignait de déguerpir, de peur que l'habitude de la propriété n'altérât l'esprit guerrier et n'éteignît la liberté nationale. Néanmoins, ils conservaient toujours la propriété de leur maison et de l'enceinte qui l'environnait : car les Francs et les Germains n'avaient point de villes, leurs maisons étaient séparées et entourées d'un certain espace de terre enclos. C'est cette maison et cette enceinte que l'on appelait terre salique.

On conçoit dès-lors l'exclusion des femmes de la succession à la terre salique. Par la nature, les femmes sont destinées à passer avec leurs biens dans une autre famille. La conservation dans la famille naturelle de la maison qui formait tout son patrimoine, s'opposait donc directement à leur vocation successorale : les mâles seuls furent admis.

252. On aperçoit avec la même facilité pourquoi cette exclusion des femmes n'eut lieu que pour la terre salique. Les autres possessions changeant de maîtres chaque année, le Franc ou Germain n'avait d'autre propriété que sa maison avec l'enceinte adjacente. C'était-là tout le patrimoine de la famille. A cet objet seul pouvait s'appliquer la loi de conservation qui exigeait l'exclusion des femmes. La loi salique ne fut donc que l'application du principe de conservation au patrimoine de la famille, tel qu'il se trouvait constitué par suite de l'état politique et civil qui suivit la migration celtique, et qui précéda la culture des terres et la fixation de la propriété.

Que, comme le prétend Montesquieu, les Germains n'eussent pas réfléchi à la nécessité de conserver les familles et leur patrimoine, c'est un fait incertain et de peu d'importance. Le sentiment instinctif de leur con-

servation suffisait seul pour donner naissance aux principales dispositions de la loi salique; car la famille périt si son héritage est dissipé, et la destruction de la famille entraîne la ruine de la société.

252. Suivons cette loi successorale dans les modifications qu'elle subit après la conquête :

Pendant qu'ils furent en Germanie, les propriétés des Francs consistèrent en troupeaux, esclaves, armes, chevaux, etc., et la maison salique. Il n'était pas possible, à cette époque, de laisser passer aux femmes la terre salique, sans transférer dans une autre famille le patrimoine paternel ou la partie de ce patrimoine du moins à laquelle se rattachait plus spécialement la famille. Et, comme d'un autre côté une grande partie de l'avoir consistait en mobilier, il était facile d'attribuer aux femmes en troupeaux, en esclaves ou autres objets mobiliers une juste portion du patrimoine commun.

Mais lorsque par l'extension de l'agriculture dans le pays de conquête, leurs possessions immobilières furent devenues plus vastes, il parut dur d'exclure entièrement les femmes de l'hérédité de ces sortes de biens, et l'on admit le rappel dont Marculfe nous a transmis les formules. On sent en effet que les raisons qui avaient fait admettre le partage privilégiaire de la loi salique durent perdre de leur force dans ce nouvel état de choses. Les possessions étant devenues plus vastes et ne se composant plus uniquement d'une maison et de l'enceinte adjacente, l'admission des femmes n'avait plus pour résultat nécessaire de faire sortir de la famille l'héritage paternel, et d'un autre côté ce patrimoine comprenant une plus grande quantité de biens fonds, il devint de plus en plus difficile de donner aux femmes en troupeaux

et en meubles la juste part qui devait leur appartenir. La justice voulait que pour se remplir de cette part elles fussent admises à recevoir des immeubles de la succession, et c'est sans doute ce qui donna lieu au rappel.

254. Cette explication est d'autant plus vraisemblable que les monumens historiques de la première race font fréquemment mention des possessions des femmes, ce qui nous fait connaître que dès-lors les filles ne furent pas généralement exclues de la possession des terres. Il est donc manifeste que dès l'origine, à mesure que les possessions territoriales occupèrent plus de place dans le patrimoine, les femmes furent admises à y prendre part.

On est conduit au même résultat si l'on compare entr'elles les lois de ces peuples barbares, mode d'opérer d'autant plus sûr qu'elles ont toutes le même esprit. La loi des Saxons dispose que s'il n'y a que des filles, elles ont toute l'hérédité. L'exclusion des filles n'était donc fondée sur aucun motif de défaveur, mais sur le seul vœu de la conservation des familles, puisque dès que cette conservation cesse d'être possible par le défaut absolu d'enfans mâles, les femmes sont toutes indistinctement admises (4).

Après la conquête, les biens s'ordonnèrent féodalement et au préjudice de la conservation des patrimoines vint se joindre la nécessité du service militaire, qui fit admettre encore de nouvelles exclusions et limitations dans la loi successorale.

255. Montesquieu remarque que dans les deux premiers degrés de succession les avantages des mâles et des filles étaient les mêmes, que dans les troisième et quatrième degrés les filles avaient la préférence et les mâles dans le cinquième.

Il trouve dans Tacite l'explication de cette bizarrerie: « Les enfans des sœurs, dit cet historien, sont chéris de leur oncle comme s'il était leur propre père. Il y a des gens qui regardent ce lien comme plus étroit et même comme plus saint; ils le préfèrent quand ils reçoivent des otages. »

La sœur de la mère était préférée à la sœur du père; la loi salique voulait qu'après la sœur du père le plus proche parent par mâles eut la succession, mais s'il était parent au de-là du cinquième degré il ne succédait pas, ainsi une femme au cinquième degré aurait succédé au préjudice d'un mâle du sixième; » *et deinceps usque ad quintum genuculum*, dit la loi des francs ripuaires que nous citons en note.

156. Les égards accordés aux femmes par les institutions civiles et par la loi successorale en particulier sont en général chez les modernes un fait tout-à-fait caractéristique et propre à notre législation. Lors même que la nécessité de la conservation ou la raison d'état font admettre les lois privilégiaires les plus rigoureuses, les membres exclus sont traités avec des ménagemens et un esprit de sollicitude qui laissent voir qu'ils ne sont écartés qu'à regret en quelque sorte, et qu'une nécessité d'ordre public a pu seule faire fléchir les principes d'une justice exacte. Ce n'est plus, comme dans les législations de l'antiquité, une dure substantialité absorbant tous les droits individuels, et les sacrifiant à son intérêt *égoistique*. On sent que ces droits se sont fait reconnaître dans la société et ils ne cèdent eux-mêmes qu'à une nécessité d'un ordre supérieur.

Cet esprit domine tout notre ancien droit. La coutume de Bretagne, par exemple, en accordant à l'aîné

toute l'hérédité paternelle, paraissait violer ouvertement les droits de la nature. Il ne restait aux autres enfans mâles qu'à suivre la carrière des armes ou à se créer par leur industrie une existence et des avantages qui leur étaient refusés par la législation. D'Argentré voyait dans cette disposition un aiguillon puissant pour exciter le courage et l'activité des puînés, qui, sans elle, eussent volontiers langui dans l'inaction sous le toit paternel. Mais les filles auxquelles la faiblesse de leur sexe ne permettait pas de former de pareilles espérances recevaient un mariage ou parage qui n'était autre chose que la propriété même de leur légitime ou une quotité du patrimoine suffisante pour épouser un homme d'une condition égale à la leur. Cette portion leur était conférée par l'aîné qui remplaçait le père de famille à leur égard et était aussi chargé de fournir à ses puînés mâles une simple pension alimentaire. Le principe de la nécessité de la conservation des familles posé, rien ne nous semble plus profondément sage que ces règles législatives, tout en soumettant les considérations d'égalité individuelle et de justice exacte à la loi politique dont la nécessité était reconnue, elles observaient néanmoins avec une attention délicate des différences de conditions et des convenances qui avaient échappé aux législateurs anciens. Notre droit coutumier, les législations barbares du moyen âge elles-mêmes, nous paraissent avoir sous ce rapport une supériorité incontestable sur toute l'antiquité payenne.

257. Le pacte de la loi salique ne fut pas seulement une loi civile, elle eut aussi un caractère politique puisqu'elle réglait l'organisation judiciaire et financière, les assemblées locales, la compétence de l'assemblée géné-

rale, et enfin l'ordre de successibilité à la couronne. Semblable en cela à la loi des Douze-Tables, elle lui était d'ailleurs supérieure, autant du moins qu'on peut en juger par les fragmens qui sont parvenus jusqu'à nous. On y retrouve deux des maximes les plus importantes de la loi des Douze-Tables, *privilegia ne irroganto. De capite civis nisi per maximum comitiatum ne ferunto.* La tête d'un citoyen paraissait trop précieuse pour qu'on la mît à la disposition des juges ordinaires et quant au rejet de tout privilége, la loi salique eut cela de commun avec toutes les constitutions démocratiques.

258. L'application de la loi salique pour régler l'ordre de successibilité à la couronne ne fut que la conséquence des idées qui prédominaient sur la nature de la royauté. Le trône fut considéré comme la plus noble des propriétés, c'est-à-dire, comme la terre salique, l'ancien patrimoine des Saliens, la terre des ancêtres, la terre paternelle, enfin comme un alleu.

Clovis et ses prédécesseurs ne jouissaient dans la nation d'aucun privilége particulier; ils étaient dono soumis eux et tout ce qui leur appartenait à la loi commune.

Chez les Visigoths les filles étaient admises par la loi civile à succéder aux biens fonds avec leurs frères. Les femmes furent capables de succéder à la couronne.

Chez les Bourguignons les filles étaient exclues de la succession aux immeubles, elles le furent aussi de la succession à la couronne.

Ce n'est enfin que par la loi ordinaire de succession que l'on peut expliquer chez les Francs la pernicieuse coutume de partager la couronne entre tous les enfans mâles.

259. Quelque différence que l'on remarque dans plu-

sieurs des dispositions de nos coutumes, elles ont toutes certains traits communs qui se reproduisent invariablement. Tels sont l'exclusion des institutions d'héritier, la communauté conjugale, le douaire, le retrait lignager et féodal, les devoirs de foi et hommage, la saisie féodale faute d'hommage et d'aveu, les lods et ventes, le rachat ou relief, etc. Ces règles, qui sont le fond et la substance de notre ancien droit coutumier, paraissent appartenir à une époque très reculée et antérieure même à la première race de nos rois. Elles sont au fond les mêmes dans les diverses coutumes, et il n'existe de différences que dans certaines dispositions régulatrices de chaque matière. Ces différences peuvent être le résultat de la longue possession des seigneurs depuis que les fiefs furent devenus héréditaires et elles durent s'introduire facilement dans des temps d'anarchie où chaque seigneur s'attribuait les droits régaliens. La coutume de Normandie qui offre avec les institutions des autres pays coutumiers le plus de divergeances, notamment en ce qui concerne la matière des communautés conjugales, confirme cette identité d'origine, puisqu'il est évident qu'elle ne doit son originalité qu'à l'invasion des peuples du nord, qui apportèrent avec eux leurs propres coutumes et les préférèrent au droit en vigueur dans le reste de la France. D'Argentré fait remonter l'origine de notre droit coutumier jusqu'avant la conquête de la Gaule par les Romains; il se fonde sur cette observation que les capitulaires de la première et de la seconde race ne contenant rien de précis sur les coutumes elles les supposent existantes, celles-ci durent précéder par conséquent l'invasion germanique. Les rois laissèrent subsister le droit coutumier dans le nord de la France,

comme ils laissèrent subsister dans le midi l'usage du droit Romain (6).

§. HUITIÈME.

DE NOTRE ANCIENNE SUCCESSION BRETONNE.

SOMMAIRE.

260. *Assise du comte Geoffroy.*

261. *Anciennement les partages se faisaient par têtes avec égalité. Difficultés auxquelles elle donna lieu. Très ancienne coutume. Ancienne coutume. Sa réformation.*

262. *Disposition de l'assise.*

263. *Fixation de la part des puînés au tiers du patrimoine par la constitution du duc Jean, suivie par l'article 540 de la coutume.*

264. *Texte de cette constitution.*

265. *Outre une portion plus considérable du patrimoine le siége du principal établissement est toujours transmis à l'aîné.*

266. *Rapprochement du système de la constitution du duc Jean de celui du droit romain.*

267. *Distinction entre l'héritier civil et l'héritier du sang. Sa raison. Renvoi de la question économique.*

260. En Bretagne la loi successorale fut plus sévère, les actes qui règlent le sort des familles plus irrévoca-

bles, le principe de la conservation des famille et des biens plus religieusement observé que dans nulle autre coutume.

On n'y connaît rien de plus ancien que l'assise du comte Geoffroy, troisième fils de Henri, roi d'Angleterre, qui tint le duché de Bretagne de Constance, sa femme, fille du duc Conan. Cette assise ou parlement tenu à Rennes en 1186, eût pour objet d'empêcher l'appauvrissement de la noblesse. Elle ne s'appliqua dans le principe qu'aux barons et chevaliers. Les autres nobles qui furent plus tard soumis à cette loi successorale furent obligés de la jurer et de s'y faire admettre.

261. Quoiqu'on ne sache rien de précis sur le mode de partage qui se pratiquait antérieurement, « y a en icelle, dit d'Argentré, quelqu'odeur et ressentiment et comme restes de vieilles hournes et ruines d'édifice ancien où reprendre ainsi qu'au labyrinthe de Dedalus le fil de l'entrée. Là, il se prend que paravant le temps de ladite assise on se gouvernait en Bretagne selon le droit commun, c'est-à-dire par tête, sans aucune préférence entre frères ou sœurs fussent nobles de quelqu'excellence ou qualité. »

Depuis l'assise, la Bretagne fut régie par une ancienne coutume écrite qui dura 275 ans environ, c'est-à-dire jusqu'en 1450, époque à laquelle on suppose avoir été rédigée celle qui fut réformée en 1539. Les difficultés auxquelles donna lieu ladite assise roulaient principalement sur le fait souvent incertain de l'admission des personnes qui voulaient profiter du mode de partage qu'elle établissait, les barons et les chevaliers y ayant été seuls expressément mentionnés.

262. Voici au reste quelles furent ses dispositions :

« Que d'ici en avant ne se fera division ni partage des baronnies ni fiefs et des chevaliers, ains obtiendra l'aîné la seigneurie du tout. Et pourvoiront les aînés aux puînés et jouveigneurs, en sorte qu'ils se puissent honnêtement entretenir et pourvoir à leurs nécessités selon leur puissance.

« Et quant aux terres et deniers qui pour le présent sont possédés par les juveigneurs, pour en jouir durant leur vie, les héritiers d'eux tiendront lesdites terres en perpétuité et quant aux deniers ne seront lesdits héritiers de ceux auxquels ils auront été baillés.

« Si la terre du juveigneur tombe en bail, le frère aîné aura le bail. Et s'il n'y a point de frère aîné, celui des amis aura le bail auquel le décédé l'aura ordonné avec le consentement du seigneur de fief.

« S'il n'y a que filles, celui qui épousera l'aînée mariera les jouveigneurs de la terre même, avec le conseil de son seigneur et des prochains.

« Si en la terre de l'aîné il se trouve mariage qui plaise au jouveigneur, il l'aura. Et ne pourra l'aîné accorder à autres tandis que le jouveigneur le voudra avoir, sinon et il en trouve ailleurs, le frère aîné lui cherchera parti à son pouvoir, pourvoira sur ses biens et maisons.

« Si l'aîné a baillé terre à son jouveigneur dont il l'ait reçu à homme et ledit jouveigneur soit mort sans hoirs de corps, l'aîné baillera ladite terre à quelqu'un des proches parens lequel il voudra, tellement qu'elle ne retourne plus à son héritier principal. Et s'il ne l'a reçue à homme, la terre retournera à l'aîné.

« Nous, Geoffroy, comte de Bretagne, et Constance, ma femme, et tous les barons de Bretagne, avons juré

tenir cette ordonnance et ordonné que les aînés et jouveigneurs jureront la tenir, et au cas qu'ils refusent le faire qu'ils n'auront part ni en terre ni en argent. »

263. L'assise du comte Geoffroy fut gardée 250 ans environ pour les barons et chevaliers seulement.

Depuis la rédaction par écrit de l'ancienne coutume que l'on suppose avoir eu lieu en 1456 jusqu'à sa réformation en 1539, elle reçut plusieurs éclaircissemens et modifications. Notamment la part des puînés qui était indéterminée par l'assise, fut fixée en 1301 par le duc Jean au tiers du patrimoine. Il fut dit de plus que les nobles n'ayant qualité de baron ni chevalier pourraient, s'ils voulaient, user de ladite assise en leurs maisons.

Enfin l'article 540 de la coutume de Bretagne réformée prescrivit le même mode de partage aux deux parts et au tiers à tous les nobles de gouvernement avantageux outre les barons et chevaliers et ceux qui l'avaient reçu dans leur maison en vertu de l'ancienne coutume.

264. Le duc Jean parvint au duché en 1286, cent ans environ après l'assise. Sa constitution est ainsi conçue :

« Gentilhomme ne peut donner à ses enfans puînés de son héritage que le tiers; mais il peut donner de ses conquêts auquel il lui plaît de ses enfans, si ferait-il à un étranger s'il voulait. Mais s'il avait achats qui fussent de son fief, et il en donnât à autre qu'à son aîné, l'aîné les aurait, payant ce qu'aurait payé son père; et si les puînés demandaient leur partie de leur aîné il leur fera le tiers de la terre par droit si ce n'étaient fiefs enterins, l'aîné fera la foi et égalera les autres en parage. Et si ainsi était qu'il ne leur baillât pas fiefs enterins, il leur garantirait en parage. Et si ainsi était que le frère aîné ne fût pas en tiers et leur en fît la tierce partie trop pe-

tite, les puînés ne la prendraient s'ils ne voulaient ains reviendraient à l'aîné, et les puînés lui partiraient la terre en deux parties et l'aîné celle qui voudrait, et ainsi à l'aîné les deux parts, et ainsi l'hébergement en avantage. »

L'aîné reçoit outre une portion plus considérable du patrimoine commun, la maison principale. Cette disposition répétée d'une manière analogue dans une foule de dispositions législatives tient à la nature du droit d'aînesse. Le droit d'aînesse est, en principe, la transmission à un seul de la totalité du patrimoine. La maison et manoir principal lui appartiennent parce que c'est le siége de la famille, le lieu auquel se rattachent l'idée de sa perpétuité et les droits patrimoniaux les plus éminens. Ainsi l'article 563 de l'ancienne coutume de Bretagne portait : « ès-fiefs nobles qui se sont gouvernés noblement le temps » passé et ont été partagés noblement ne doit être compté » le *principal manoir ne les terres dedans les pourpris et pro-* » *chaines clôtures*, pourvu qu'il y ait de celui héritage si » grande quantité qu'il vausît tant que compétente por- » tion ou pourveance en peut être faite entre frères ou » sœurs ». L'article 565 « à bourgeois et gens de basse » condition le fils aîné doit avoir *la principale maison et* » *logis suffisant* selon la qualité de leurs biens et s'il ne la » veut avoir le prochain d'après lui s'il la veut, la doit » avoir en faisant la récompense susdite. »

Une observation que nous avons déjà faite ailleurs retrouve ici sa place : la maison et le champ qui l'entoure des anciennes associations de marches germaniques, la terre salique, l'hébergement du duc Jean, le principal manoir et logis suffisant sont évidemment l'expression d'une seule et même idée, la représentation du patri-

moine domestique, le monument auquel s'attache la pensée de l'existence et de la perpétuité du pouvoir familial, transmis invariablement à la personne chargée par la loi de conserver ce pouvoir et de perpétuer la famille. Ce furent tous les enfans mâles sans distinction chez les peuples guerriers et émigrans, l'aîné dans les populations agricoles, et par une inversion que nous avons essayé d'expliquer, le dernier né chez les peuples pasteurs.

266. L'assise du comte Geoffroy n'accordait que des alimens aux puînés.

La constitution du duc Jean apprécia au tiers de l'héritage cette pension alimentaire que l'assise n'avait pas déterminée. On voit qu'ici, comme à Rome, les mœurs introduisent une sorte de légitime. Il est même à remarquer que notre ancienne succession bretonne est plus équitable que la loi romaine et qu'elle blesse moins essentiellement la vitalité de la famille et les droits de la personnalité. La loi romaine, en effet, admettant en principe la liberté de disposer la plus indéfinie, elle ne considéra la légitime que comme l'accomplissement de l'obligation imposée au père de famille de nourrir ses enfans. La légitime romaine n'était dans la réalité qu'une espèce de pension alimentaire. Il en résulte qu'en principe le droit romain réduisait tous les enfans à la condition des cadets de noblesse auxquels le comte Geoffroy n'avait réservé que des alimens.

La même injustice ou la même inégalité entre l'enfant et l'héritier qui doit remplacer le défunt dans la position sociale qu'il occupe, l'héritier civil en un mot, subsiste également dans l'une et l'autre législations.

La seule différence est que le droit romain laissait le mourant maître de choisir celui qui devait le remplacer, *dicat testator et erit lex*; tandis que notre loi bretonne avait voulu que cette transmission se fît régulièrement par la loi du sang. Les Romains avaient des héritiers d'élection, nous les avions par une attribution ou une dévolution nécessaire et légale.

267. Mais quelle est la raison de cette distinction entre l'héritier civil et l'enfant, et de l'inégalité qui en est la suite?

C'est encore et toujours la loi de conservation.

La conservation exige que le mourant qui laisse une place vide dans la société soit immédiatement remplacé par une personne chargée de régir et administrer la famille, de remplir les obligations et de satisfaire aux devoirs du défunt. L'héritier civil doit remplir les mêmes obligations, il faut qu'il ait les mêmes biens, c'est une nécessité. Il doit occuper la même place, la même charge en quelque sorte, il faut qu'il perçoive les mêmes émolumens, c'est une justice.

Si donc le défunt doit être remplacé par plusieurs personnes, la division des charges et des biens devra se faire également entre ces personnes. Chacune d'elles aura une moindre portion des unes et des autres. Mais si une seule personne doit le remplacer, il n'y en aura qu'une aussi à recevoir l'intégralité du patrimoine. Ceux des enfans qui ne sont pas destinés à cet honneur n'ont droit dès-lors qu'à la pension alimentaire nécessaire pour soutenir leur existence physique.

Ainsi ce qui fait *les héritiers*, ce n'est ni la nature, ni l'affection, ni le lien du sang, c'est la nécessité.

Reste uniquement la question de savoir s'il convient

à l'ordre et à la prospérité publics que chaque citoyen qui décède soit remplacé par une seule personne ou qu'il le soit par plusieurs. Cette question ne peut être traitée dans toute sa généralité, qu'à l'aide de considérations et de calculs économiques.

QUATRIÈME SECTION.

Conditions auxquelles doit satisfaire tout système successoral.

SOMMAIRE.

268. 1°. *Rapport historique.*

269. 2°. *Rapport social. C'est Dieu qui règle le partage entre les nations.*

270. *Le partage entre les familles dans chaque nation appartient au souverain ou à la loi.*

271. *Le partage du patrimoine entre les divers membres de la famille appartient au pouvoir domestique. Nécessité de coordonner ces trois différentes lois.*

272. *Compétence des pouvoirs respectifs qui les appliquent.*

273. *La réduction concerne plus directement l'intérêt public que les rapports.*

274. 3°. *Rapport économique. Appréciation du privilége.*

275. *Appréciation du rapport économique. Dans l'état présent des choses ces deux rapports doivent être combinés pour éviter les secousses politiques.*

276. *Des lois agraires, de la banqueroute, de la cession de biens.*

268. Ce qui précède nous paraît suffire pour faire connaître la nature et le jeu des principes qui se combinent dans toute loi successorale. Nous croyons avoir justifié cette proposition que nous avions émise en commençant, savoir : que la loi patrimoniale constitutive de la famille repose partout sur un petit nombre de règles inflexibles qui ne sont que l'application des simples notions du bon sens au but particulier que la société se propose d'atteindre. De là, la ressemblance du système successoral chez tous les peuples qui se trouvent dans les mêmes circonstances et à la même époque du développement social. Pour l'apprécier sainement et sous toutes ses faces il faut considérer dans tout système de succession le rapport historique, le rapport social, le rapport économique et l'harmonie de ces différens rapports.

1°. Le rapport historique : c'est ainsi qu'aux rudimens de la civilisation, les armes, les bêtes de somme, les ustensiles de ménage forment une propriété qui conserve, dans les siècles postérieurs, un caractère particulier tant dans ses attributs que dans son mode de transmission successorale. Comment méconnaître l'analogie que nous présentent le *mancipium* romain, l'*hergewate* et la *gerade* germaniques, et les armes, les pirogues, le

gibier qui composent la propriété des sauvages du Nouveau-Monde à l'état de tribus guerroyantes? Comment n'être pas frappé de l'identité du rapport féodal chez tous les peuples soumis à la conquête qui considèrent l'homme comme une chose et qui font entrer les relations morales dans celles de la propriété? D'où le privilége injuste qui prédomine dans l'ordre successoral, le sacrifice des droits d'égalité naturelle à la nécessité du service féodal et cette foule de règles conservatrices qui ont toutes pour principe la nécessité de perpétuer ce service sur lequel repose l'ordre politique, au préjudice même des droits les plus imprescriptibles de l'humanité.

269. 2°. Le rapport social. Le partage des terres tient au fond même des sociétés. Selon qu'il s'agit de régler un ordre de choses plus général et plus vaste; il est régi par une loi différente et plus haute. Dieu lui-même fit le premier partage de la terre entre les nations, soit par cette direction providentielle qui aurait amené la dispersion des peuples, soit, selon l'Écriture, par l'entremise de Noé, qui, en vertu d'une inspiration particulière, divisa la terre entre ses trois fils Sem, Cham et Japhet. La répartition de la terre entre les nations est évidemment en dehors de toute loi humaine. La volonté suprême qui se révèle aussi bien dans la marche naturelle des événemens et des choses que par le sort des batailles et par des secousses extraordinaires qui changent subitement les destinées des peuples, peut seule établir ou conserver ce grand partage. C'est Dieu qui règle le partage entre les nations.

270. Dans chaque nation le partage des terres doit se faire de telle sorte que les subsistances de chaque famille soient assurées. Cette division entre les familles

et la conservation de cette division, qui forme la loi successorale, sont évidemment dans les attributions du pouvoir public, et servent de base à la constitution de l'état. Le souverain seul peut établir les lois constitutives de la famille et conservatrices de son patrimoine. C'est par cette raison sans doute que chez les peuples qui admirent le testament comme mode général de transmission des patrimoines, cet acte ne pouvait être accompli que par une loi votée par la nation entière dans la forme requise pour toutes les lois d'ordre public. Ainsi le partage et la conservation de ce partage entre les familles, dans chaque état, ne peuvent appartenir qu'au souverain, c'est une loi d'ordre public et qui intéresse essentiellement la constitution de l'état.

271. Dans chaque famille enfin il doit se faire une division entre les divers membres de la société domestique. Les mérites et les démérites de chacun d'eux, leurs besoins, leurs ressources, leurs facultés respectives doivent servir de base à ce partage. L'appréciation de ces divers objets appartient naturellement au père de famille qui en est le chef. Ainsi troisième conséquence, le partage du patrimoine de la famille entre les divers successibles appartient au pouvoir domestique.

Mais, pour entendre sainement ces trois lois analogues, il faut observer que la première seule, savoir : le partage entre nations, est absolue. Les deux autres doivent être établies et combinées de manière à ce qu'elles puissent simultanément exister et se concilier en même temps avec l'inviolabilité de la première. On s'explique :

La paix générale, quoiqu'elle soit contraire aux habitudes du genre humain est cependant un bien en soi. Ce bien ne peut s'obtenir que par le respect des limites

tracées entre les diverses nations. Donc, première restriction au pouvoir du souverain dans le réglement du partage des terres entre les familles. Il doit organiser ce partage et les lois successorales qui en sont la conséquence et la sanction, de manière à ce que toutes les existences soient assurées autant que cela est humainement possible. Outre l'intérêt général de l'état qui est la première loi ou plutôt le premier devoir du souverain, le respect d'un partage d'un ordre supérieur le conduit à cette nécessité, nous voulons dire le respect des limites posées par la providence entre les différentes nations. Si le partage des terres se fait avec injustice on est mal réglé : si le mode de transmission des biens n'est pas fondé sur la nécessité de conserver les existences acquises combinée avec l'accroissement de la population qui fait surgir de nouvelles existences, les individus et les familles qui manqueront de moyens de subsistance n'auront d'autre ressource que de conquérir par la violence cette subsistance qui leur est nécessaire. On les verra se répandre par voie de migration sur le territoire des nations voisines, violation directe de la loi du partage entre les peuples, ou sous le prétexte et à l'aide des troubles civils, ils se vengeront de leur pauvreté sur leurs concitoyens eux-mêmes, ce qui est également une atteinte par voie de conséquence à ce même partage entre nations, puisque l'expérience démontre que les révolutions amènent toujours à leur suite les guerres extérieures.

272. Une restriction essentielle est donc mise à l'exercice du pouvoir souverain dans le partage du territoire entre les familles et dans l'établissement de la loi successorale. Cette loi doit être telle qu'elle ne puisse en

aucun cas compromettre l'ordre public en portant atteinte à la loi générale du partage entre nations à laquelle celle du partage entre familles est subordonnée.

La loi du partage entre les membres de chaque famille est elle-même subordonnée à la loi du partage entre les diverses familles ; d'où deux conséquences, la première que la compétence du pouvoir domestique s'éteint là où commence la loi de conservation de la famille; la seconde que l'exercice du pouvoir domestique, dans les limites de cette compétence se borne à l'appréciation des mérites et démérites, besoins, facultés, ressources de chacun des associés.

Donc enfin une restriction essentielle est mise au pouvoir domestique lui-même dans le réglement des droits successoraux entre les successibles, respect du partage primitif des terres entre les diverses familles, et des lois établies par le souverain pour la conservation de ce partage ou de la raison d'état.

273. On peut observer ici que le réglement du partage entre les familles affecte directement la société publique ou l'état, et que le réglement du partage entre leurs membres n'affecte directement que la société domestique.

Il en résulte que la quotité disponible doit être limitée à ce qui est nécessaire pour réparer entre les divers successibles les inégalités de la fortune ou de la nature. Il en résulte encore que la *réduction* ayant pour objet d'empêcher le passage des patrimoines d'une famille dans une autre famille tient plus essentiellement à l'ordre public ou concerne plus directement l'intérêt de l'état que les *rapports*, qui tendent seulement à ramener le partage entre les divers successibles à l'égalité qui est dans le vœu de la loi.

274. 3°. Le rapport économique. Nous avons dit que la famille était une société. Tous les associés ont droit au partage égal. Cette égalité ne peut être altérée ou restreinte que dans l'intérêt de la conservation de la société ou de son patrimoine.

Toute loi successorale qui n'est pas parfaitement égale ou qui est restrictive de cette égalité absolue se propose la conservation du patrimoine. Le patrimoine se dissipe par le morcellement et ne se conserve que par le privilége.

Il n'est pas aisé de déterminer d'une manière générale quelle est la mesure du privilége dans une législation successorale. Car le privilége se compose d'une foule de droits divers susceptibles de formes et de modifications infinies et qui n'admettent le plus souvent qu'une appréciation morale. Telles sont par exemple les substitutions et l'effet des retours successoraux : mais on peut déterminer le rapport qui lui sert de base pour certains priviléges particuliers. Le droit d'aînesse dans la coutume de Bretagne par exemple était dans le rapport de 2 à 1, puisque l'aîné emportait seul les deux tiers de la succession, l'autre tiers demeurant à titre de viage à tous les puînés, et qu'ainsi il avait toujours à lui seul une valeur deux fois plus grande que tous les autres ensemble.

275. Le rapport économique est encore plus difficile à apprécier exactement parce qu'on ne connaît pas exactement les lois de sa progression, et qu'on ne parvient même qu'avec beaucoup de peine à se procurer des données exactes sur la facilité des moyens de subsistances dans toutes les parties d'un grand état et sur l'accroissement relatif de la population.

Néanmoins si l'on parvenait à déterminer exactement

ce rapport, il est évident que pour être en harmonie avec l'état matériel du peuple que l'on considère, la législation successorale devrait être basée sur le produit de ces deux rapports combinés, savoir : le rapport privilégiaire et le rapport économique.

En d'autres termes, la science du gouvernement consistant à conserver les existences acquises et en même temps à reconnaître celles qui surgissent naturellement, un accroissement de population ou la naissance de nouvelles existences ne peut être légalement reconnu qu'en faisant entrer son rapport de vitalité dans le rapport de conservation préexistant. Ce rapport de conservation était le privilége. Le privilége ne sera pas détruit, subitement du moins, mais il sera modifié par la vitalité. Il faut que ces deux rapports s'unissent et s'harmonisent. Cette marche est celle d'un développement graduel et successif. L'admission de toute autre proportion serait arbitraire et violente : l'intervention d'une cause morale toute puissante et en dehors des rapports successoraux peut seule l'expliquer.

La violation du rapport économique rend une révolution presqu'inévitable puisqu'elle détruit les patrimoines des familles ou les rend trop disproportionnés entr'eux. Il ne reste d'autre ressource, quand une fois le mal a jeté de profondes racines, que la proclamation des lois agraires si souvent réclamée dans les républiques anciennes, et qui, dans les gouvernemens modernes, semble avoir été remplacée par la banqueroute nationale.

276. Les lois agraires sont un retour vers l'état primitif d'égalité qu'on peut appeler, si l'on veut, état de nature. Elles sont ordinairement invoquées dans le désordre des guerres civiles et leur nécessité manifeste un

vice dans la législation qui a produit l'inégalité exorbitante d'où résulte la nécessité d'un changement de système.

On peut comparer les lois agraires et la banqueroute dans l'ordre politique à ce qu'est la cession de biens dans l'ordre civil. La cession de biens est aussi une espèce de retour individuel à l'état de nature et on peut en distinguer de deux sortes. Un citoyen, qui par suite d'événemens dont il n'a pas été le maître se trouve obéré de dettes, est admis à s'en décharger à condition qu'il se dépouille de tous les avantages qu'il tenait de la société. Il n'y a pas en ce cas de punition. Mais si l'impossibilité où il est de satisfaire à ses obligations tient à une criminalité, alors il y a punition et non seulement le débiteur insolvable se voit dépouillé des avantages qu'il tenait de la société, mais encore le retour à l'état de nature lui est interdit par une conséquence des peines ou des incapacités auxquelles il est soumis.

Les lois agraires, la cession de biens, les retours périodiques des biens dans les mêmes mains sont des moyens de prévenir les révolutions que la violation de la loi économique rend imminentes. La cession de biens fut inconnue à Rome et c'est ce qui donna lieu à tant de séditions et de guerres civiles. Il n'y a vraiment qu'un système qui puisse épargner ces grandes mesures ou du moins en rendre l'usage moins fréquent, celui dans lequel la législation n'est point fixe et invariable, comme elle eut la prétention de l'être chez les peuples anciens, mais où elle marche avec les besoins de la société, en sorte qu'elle demeure toujours la fidèle expression de ses rapports réels.

NOTES

DU SECOND CHAPITRE DE LA SECONDE PARTIE.

(1) Pour y parvenir il faudrait commencer par faire disparaître complètement les limites de la nationalité.

(2) « Le père du Halde dit que chez les Tartares, c'est toujours le dernier des mâles qui est héritier, par la raison qu'à mesure que les aînés sont en état de mener la vie pastorale, ils sortent de la maison avec une certaine quantité de bétail que le père leur donne et vont former une nouvelle habitation. Le dernier des mâles qui reste dans la maison avec son père est donc son héritier naturel.

« J'ai ouï dire qu'une pareille coutume était observée dans quelques petits districts d'Angleterre, et on la trouve encore en Bretagne, dans le duché de Rohan, où elle a lieu pour les rotures. C'est sans doute une loi pastorale venue de quelque petit peuple breton, ou portée par quelque peuple germain. » MONTESQUIEU, *Esprit des lois*.

(3) Ceux des frères germains qui demeuraient en communauté héritaient à l'exclusion de ceux qui en étaient sortis.

(4) Le rapprochement des textes fera mieux sentir encore l'identité d'esprit qui présida à la rédaction des lois barbares.

Le titre 62 de la loi salique de Alodis porte :

« *Si quis mortuus fuerit et filios non dimiserit, si pater aut mater superstites fuerint, in ipsam hereditatem succedant. Si pater aut mater non superfuerint et fratrem aut sororem dimiserit in hereditatem ipsi succedant. Si isti non fuerint, tunc soror matris in hereditatem succedat. Si verò soror matris non fuerit sic soror patris in hereditate succedat. Et postea sic de illis generationibus quicumque proximior fuerit, ipsi in hereditatem succedant qui ex paterno genere veniunt. De terrâ vero salicâ in mulierem nulla portio hereditatis transit sed hoc virilis sexus acquirit H E. filii in ipsâ hereditate succedant. Sed ubi per nepotes aut pronepotes post longum tempus de Alode terræ contentio suscitatur non per stirpes sed per capita dividant.*

« Si quelqu'un est décédé sans laisser de fils, ses père et mère lui succèdent s'ils ont survécu. Si le père et la mère n'ont pas survécu et qu'il ait laissé un frère ou une sœur, ils héritent : à leur défaut la sœur de la mère succède. S'il n'y a pas de sœur de mère la sœur du père succède. Et en poursuivant ainsi le plus proche hérite, qui vient du côté paternel. Mais aucune portion de la terre salique ne passe à la femme, le sexe viril l'acquiert seul, c'est-à-dire que les fils succèdent. Mais quand après un long laps de temps une réclamation est élevée par les neveux ou arrière-neveux sur une terre d'aleu, ils partagent, non par souches, mais par têtes.

La loi des Ripuaires a la plus frappante analogie avec la loi salique; comme celle-ci elle accorde aux mâles la préférence, et traite la sœur de mère avec une grande faveur :

Lex ripuar. tit. 56 *de Alodib.* « *Si quis absque liberis defunctus fuerit si pater mater que superstites fuerint in hereditatem succedant. Si non fuerint, frater et soror succedant, si autem nec eos habuerit tunc soror matris patrisque succedant; et deinceps usque ad quintum genuculum qui proximus fuerit in hereditatem succedat. Sed cùm virilis sexus extiterit, femina in hereditatem aviaticam non succedat.* »

« Si quelqu'un est décédé sans enfans et a laissé son père et sa mère, ils héritent. A leur défaut le frère et la sœur succèdent; si le défunt n'en avait pas, la sœur de la mère et celle du père succèdent; et ainsi jusqu'au cinquième degré le plus proche hérite. Mais tant que le sexe viril subsiste, la femme ne succède pas à l'hérédité de ses ascendans.

La loi angliorum et werinorum marque encore plus clairement le vœu de conservation qui fait la base de son système, en attribuant aux mâles les biens fonds et aux femmes les meubles exclusivement. Elle contient en outre des dispositions précises sur l'hergerathe et la gerade. Elle est ainsi conçue :

« *Tit.* 6 *de Alodis, hereditatem defuncti filius non filia suscipiat. Si filium non habuit qui defunctus est, ad filiam pecunia et mancipia, terra vero ad proximum paternæ generationis consanguineum pertineat. Si autem nec filiam habuit soror ejus pecuniam et mancipia, terram proximus paternæ generationis accipiat. Si autem nec filiam habuit sed matrem tantum superstitem reliquit quod filia vel soror debuerunt mater suscipiat, id est pecuniam et mancipia. Quod si nec matrem dimisit superstites, proximus qui fuerit paternæ generationis, heres ex toto succedat tàm in pecuniâ at-*

que mancipiis quam in terrâ. Ad quemcumque hereditas terræ pervenerit ad illum vestis bellica id est lorica et ultio proximi et solutio leudis debet pertinere. Mater moriens filio terram, mancipia, pecuniam dimittat, filiæ verò spolia colli id est murenas, muscas, manilia, inaures, vestes, armillas vel quidquid ornamenti proprii videatur habuisse. Si nec filium nec filiam habuerit sororem verò habuerit, sorori pecuniam et mancipia, proximo verò paterni generis terram relinquat, usquè ad quintam generationem paterna generatio succedat Post quintam autem filia ex toto sive de patris sive de matris parte in hereditatem succedat et tunc demùm hereditas ad fusum à laneâ transeat. »

« Que le fils, non la fille reçoive l'hérédité. Si le défunt n'avait pas de fils, que l'argent et les esclaves appartiennent à la fille, et la terre au plus proche consanguin du côté du père. S'il n'avait pas de fille, que sa sœur reçoive l'argent et les esclaves, le plus proche du côté du père la terre; mais s'il n'avait que sa mère et point de fille, que la mère reçoive ce que devaient recevoir la fille ou la sœur, c'est-à-dire l'argent et les biens meubles. Que s'il n'a pas laissé de mère le plus proche héritier du côté paternel succède pour le tout tant à l'argent et aux esclaves qu'à la terre. Quel que soit celui aux mains duquel est parvenu l'hérédité de la terre, l'habit de guerre doit lui appartenir, savoir : la cuirasse, la vengeance du sang et les acquittemens envers les leuds. Que la mère en mourant laisse à son fils la terre, les esclaves, l'argent, à sa fille les ornemens de cou, c'est-à-dire les chaines d'or, les noix, les pendans d'oreilles, les ornemens, les bracelets et tous les ornemens qui lui ont appartenu. Si elle n'avait ni fils ni fille, mais

une sœur, qu'elle laisse à la sœur l'argent et les esclaves et la terre au plus proche du côté paternel, que la descendance paternelle succède jusqu'au cinquième degré. Après le cinquième degré la fille soit du côté du père, soit du côté de la mère succède pour le tout, et qu'alors l'hérédité tombe en quenouille. »

La *terra salica* dans le code salique n'est pas autre chose que l'*hereditas aviatica* dans le code ripuaire, la sors dans le code bourguignon, et la terre en général dans la loi *angliorum et werinorum*. La cour ou le bien salique est comme la partie principale de la propriété territoriale de laquelle le reste était considéré comme une dépendance.

(5) La loi successorale des peuples barbares, les Goths, les Huns, les Francs, les Vandales, se rapproche plus ou moins des principes de la succession féodale, en y associant sinon dans son ensemble, du moins d'une manière fragmentaire et partielle l'élément romain. Nous ne pouvons qu'indiquer sommairement les principales règles de la succession féodale. Nous les prenons dans la législation anglaise parce que c'est-là qu'elle paraît avoir atteint son caractère le plus saillant et toute sa puissance.

1°. L'héritage descend à l'infini, directement, aux descendans de celui qui en est actuellement saisi et il ne remonte jamais directement

Cette règle est fondée sur une raison de politique militaire, c'est que le père décrépit d'un vassal vigoureux ne peut remplacer celui-ci dans le service féodal.

2°. L'issue mâle est admise à la succession avant l'issue femelle ou selon l'expression des jurisconsultes anglais, on préfère la plus digne partie du sang.

La raison de cette règle est encore la nécessité du service féodal. La loi anglaise n'exclut pas absolument les filles comme le faisait la loi salique, elle leur préfère seulement les mâles.

3°. Lorsqu'il y a deux ou plusieurs mâles au même degré l'aîné seul hérite, au lieu que les filles partagent entr'elles.

4°. Les descendans directs *in infinitum* d'une personne morte représentent leurs ancêtres.

5°. A défaut des descendans directs ou de la lignée de la personne qui a possédé la dernière, l'héritage descend au sang de premier propriétaire.

La raison féodale de cette règle particulière aux lois anglaises et qui fut inconnue aux Juifs, aux Grecs et aux Romains est que ce qui était donné à un homme pour ses services personnels ne devait descendre qu'à ses héritiers directs.

6°. L'héritier collatéral de la personne qui se trouve le dernier propriétaire est le collatéral le plus proche.

7°. Dans les héritages collatéraux la souche mâle est préférée à la souche femelle. Cette règle se rapporte à la cinquième dont elle n'est qu'une conséquence. Il résulte en effet de la préférence absolue des mâles aux

femmes qu'en suivant dans la ligne des ascendans la succession héréditaire, on trouvera en remontant le premier acquéreur.

Il est bon de faire aussi mention de quelques institutions du moyen âge qui eurent pour objet d'assurer entre plusieurs personnes ou entre plusieurs familles la défense et la conservation d'une propriété : tels furent les pactes *ganerbinatus*, les *confraternitates*, les unions héréditaires.

On ne doit pas mettre le *jus spolii* par lequel les évêques d'abord, puis les princes, et depuis Clément VI, les pontifes romains s'attribuèrent les biens meubles des clercs décédés sous prétexte qu'ils étaient censés provenir des revenus de l'Eglise.

(6) On retrouve chez les peuples du Nouveau-Monde quelque chose de très-analogue à la constitution civile et politique que nous offrent les nations barbares du moyen âge, et quant au régime politique, et quant à la forme de la propriété et au mode de la transmettre, on st surpris de rencontrer dans deux sociétés aussi complètement séparées par les temps et les lieux des ressemblances aussi frappantes.

Dans la plupart des îles du Grand Océan, dans le centre de l'Afrique, il existe un régime social semblable à celui qui a existé dans la plupart des états de l'Europe. Chez les Natchez, tribu éteinte qui vivait sur les bords du Mississipi, la population était divisée en deux classes : la première jouissait des prérogatives héréditaires, la seconde était considérée comme vile et formée

seulement pour la servitude. Dans le Mexique il existait un ordre à peu près semblable. La population était divisée d'abord en deux grandes fractions, l'une, la classe des hommes puissans, était elle-même divisée en diverses fractions. Un petit nombre d'entr'eux possédaient de vastes territoires partagés en plusieurs classes à chacune desquelles divers titres d'honneur étaient attachés ; quelques-uns transmettaient ces titres à leurs descendans à l'infini avec les terres dont ils faisaient partie. D'autres ne tenaient des terres qu'à cause des fonctions qu'ils remplissaient ; ces terres constituaient leur salaire et cessaient de leur appartenir quand les fonctions dont elles étaient la récompense leur étaient enlevées. Enfin plusieurs sans remplir aucune fonction et sans être esclaves possédaient des terres dont ils avaient la propriété exclusive et qu'ils transmettaient à leurs enfans. On avait réservé dans chaque district une certaine étendue de terre qui était cultivée en commun par la basse classe du peuple et qui servait à son existence. Il y avait au-dessus de la population entière un chef unique ; ce chef ne tenait pas son pouvoir de ses ancêtres : il était élu par les principaux membres de l'état. Le nombre des grands de la première classe s'élevait à 30 ; chacun d'eux avait au-dessous de lui environ 3000 nobles qui lui étaient subordonnés, et le nombre total des individus que chacun des principaux chefs avait dans son territoire était d'environ 100,000.

Chez les peuples d'espèce malaise qui occupent presque toutes les îles du Grand Océan, il existe un régime féodal très privilégiaire. Dans les îles des Amis notamment le principe de l'hérédité a la plus grande force. Il

va jusqu'à produire les conséquences les plus contraires à la nature. Chacune de ces îles dont le nombre excède 150 a des chefs subordonnés les uns aux autres, et dont les plus élevés en grade sont les subordonnés immédiats du chef suprême de toutes les îles, qui est en même temps général de l'armée. L'autorité de ce chef ou roi est héréditaire dans sa famille quoiqu'elle passe ordinairement à ses frères avant d'arriver à ses enfans. L'autorité de tous les officiers est héréditaire comme celle du chef général. Elle est transmise avec les terres qui en dépendent de mâle en mâle par ordre de primogéniture. Les autres enfans forment, hommes et femmes, une corporation de célibataires sous le nom d'Arroys, dans laquelle les deux sexes vivent en commun et ne conservent point d'enfans.

M. Comte, à qui nous empruntons ces détails, considère comme des transformations successives de la civilisation des peuples; 1° l'état sauvage tel que celui des habitans de la terre de Van-Diémen et de la Nouvelle-Hollande; 2° l'état sauvage où des chefs sont reconnus et des hordes plus ou moins nombreuses en état permanent de guerre et de migration sont formées, comme chez les sauvages de l'Amérique du nord; 3° celui où la culture de la terre donne naissance à la propriété, à l'hérédité et constitue des distinctions de classes et un pouvoir public permanent comme chez plusieurs peuples de l'Amérique du sud; 4° celui où ce dernier état de société a été transformé par l'invasion en une sorte de féodalité comme au Mexique.

« Il semble aussi qu'à chacune de ces transformations successives, la propriété acquiert un caractère

différent. Dans le dernier état sauvage, dans l'état d'isolement presqu'absolu, la propriété se confond avec la possession puisqu'il n'existe d'autre droit que la force et la possession d'objets mobiliers de la plus mince valeur, des fruits et des racines. Dans le second, celui où des peuples chasseurs ou pêcheurs sont divisés en hordes guerroyantes, l'objet de la propriété acquiert de l'extension, ce sont les armes, bêtes de somme, pirogues, gibier, etc. La loi de vengeance commune à chaque horde donne aussi la possibilité de lui donner un caractère de fixité et de faire passer la possession à l'état de droit permanent ou de véritable propriété. Dans la troisième l'objet de la propriété devient la nature physique tout entière et en même temps naît avec l'agriculture l'hérédité et la distinction des classes Enfin dans la quatrième, par la féodalité l'homme s'efforce de faire entrer la nature morale elle-même dans la propriété. C'est la conséquence de la conquête. »

FIN DU PREMIER VOLUME.

ERRATA.

Pag.	lig.	
3	32,	*lisez* soit que le commerce tend..... ou que l'expression naturelle d'un état commerçant est la mobilité, soit par d'autres causes.
33	9,	*lisez* et repose sur des bases différentes.
34	22,	*lisez* les biens.
60	10,	*lisez* qui dispute sur ses termes mêmes.
64	1,	*lisez* quelque chose de puéril.
65	16,	*lisez* c'est une assez large quotité disponible.
99	30,	*lisez* le domaine congéable.
128	24,	*lisez* ces héritiers appartiennent ou à la famille prise dans un sens étroit.
157	15,	*lisez* dans le tableau C.
158	1,	*lisez* non plus.
179	13,	*lisez* secùs in datis ab dotem.
187	6,	*lisez* parce que le mariage en les rattachant à une nouvelle famille.
188	27,	*lisez* la fiction d'avancement d'hoirie.
189	9,	*lisez* et qui rendent très difficile.
200	23,	*lisez* une rente de cent écus d'une part.
223	21,	*lisez* que les portions de biens qu'ils recevraient.
277	22,	*lisez* nos études et le tribut de notre admiration.
287	24,	*lisez* tout le reste y demeure comme auparavant.
215	31,	*lisez* Dalwigt.
347	8,	*lisez* du conjoint et de sa famille.
350	4,	*lisez* le mariage talmudique fut Européen par.
351	14,	*lisez* mettre plus au grand jour toutes ses finesses.